

ELAINE CRISTINA XIOL Y FERREIRA

**A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS
DE SAÚDE
FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Prof. MSc Salomão Almeida
Barbosa

BRASÍLIA

2010.

Aos meus pais, Edson e Elza, pelo amor, incentivo e confiança.

Agradeço, primeiramente, a Deus.

À minha família, participante da minha alegria em concluir mais este curso de graduação, pelo incentivo transmitido.

Aos professores: Ademar Vasconcelos, Anna Porto, Danilo Porfírio, João Emanuel, Lilian Rose, Luciana Musse, Lucinéia Possar, Luiz Patury, Marlon Tomazzeti e Roberto Freitas pelas lições que transcenderam ao Direito.

Ao meu orientador, Professor Salomão Almeida Barbosa, pela contribuição, atenção e dedicação prestadas.

A todos os meus amigos, em especial Ângela e Juliana, pela cumplicidade e alegria de sempre que tornaram não apenas os dias da semana, mas também vários finais de semana, em experiências intelectuais e gastronômicas inesquecíveis.

“Muito mais eficaz e importante do que as leis é o nosso respeito pelos sentimentos dos outros de um simples ponto de vista humano.”

Dalai Lama
(*Uma Ética para o Novo Milênio*. Editora Sextante, 2006)

RESUMO

Trata-se de monografia que tem por objetivo examinar a questão do fornecimento de medicamentos pela via judiciária, tendo em vista a relevância e o impacto desse posicionamento ante o planejamento financeiro, e conseqüente execução orçamentária, ao qual o Estado brasileiro se submete, conforme prevê a legislação econômico-financeira vigente. Para tanto, inicia-se o trabalho com uma elucidação acerca do Estado Democrático de Direito, vivido pela República Federativa do Brasil, direitos, princípios e objetivos são elencados e esclarecidos de modo a formarem o pano de fundo que permeará os capítulos subseqüentes. Por conseguinte, necessário se faz voltar as atenções para o planejamento da ação governamental, meio pelo qual o Estado coloca, ao menos tenta colocar, em prática os preceitos constantes na Constituição. Em seguida, identifica-se como as políticas públicas de saúde, especificamente quanto ao fornecimento de medicamentos, foram concebidas, como se encaixam nesse contexto político-social, como têm superado, ou não, os problemas oriundos da escassez de recursos por parte da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, e quais os impactos das condenações nas políticas de medicamentos. Por fim, faz-se uma análise do que efetivamente vem a ser a judicialização das políticas públicas, abordando aspectos de justiça dentro do contexto da saúde.

Palavras-chave: Direito Administrativo – judicialização – políticas públicas – saúde – medicamentos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	12
1.1 Breve histórico	12
1.2 Direitos Sociais	14
1.3 Princípios constitucionais.....	17
1.4 Objetivos fundamentais da República	255
2 O PLANEJAMENTO DA AÇÃO GOVERNAMENTAL.....	28
2.1 A atividade financeira do Estado	28
2.2 O orçamento público	29
2.3 O sistema orçamentário brasileiro	30
2.3.1 O Plano Plurianual – PPA.....	33
2.3.2 A Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO.....	34
2.3.3 A Lei Orçamentária Anual – LOA.....	35
3 AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE.....	37
3.1 O Sistema Único de Saúde – SUS	37
3.1.1 A dimensão do SUS.....	37
3.1.2 A legislação do Sistema Único de Saúde – SUS.....	40
3.1.2.1 Na Constituição Federal.....	40
3.1.2.2 Na Lei Orgânica da Saúde.....	41
3.2 Fontes de financiamento	42
3.3 Política nacional de medicamentos	44
3.4 O impacto das condenações nas políticas de medicamentos.....	46
4 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	54
4.1 Contextualização.....	54
4.2 Políticas públicas como componente político	55
4.3 Judicialização das políticas vs. politização da justiça	57
4.4 Da justiça comutativa à justiça distributiva.....	59
4.5 Interpretação e alcance do direito à saúde	60
4.5.1 Conceituação de saúde.....	60
4.5.2 Conceituação de direito à saúde.....	60
4.5.3 Garantia do direito à saúde.....	61
4.6 Ações judiciais e direito à saúde	62
CONCLUSÃO.....	68
REFERÊNCIAS.....	72

INTRODUÇÃO

Os diversos ramos do conhecimento não existem por si sós, isolados uns dos outros. Para que se desenvolvam levam em consideração as contribuições de outras matérias. “Isso porque a realidade é multifacetária e não comporta uma visão fragmentária de seus elementos. Assim, para se conseguir uma efetiva visão global dos fatos, com vistas a modificação da realidade, é mister o manejo das ferramentas de várias searas.”¹

Nesse diapasão, o estudo sobre Direito e Economia vem ganhando notoriedade, haja vista as inter-relações entre as instituições judiciárias e os comportamentos dos agentes econômicos, principalmente no que diz respeito aos direitos sociais. Trata-se de um “dilema que repercute os sucessos, limites e fracassos do projeto de organização política.”²

Compreender o objetivo de cada disciplina facilita o entendimento acerca do problema, pois, de um lado, tem-se o Direito, o qual “visa a positivação de normas para realização da paz social e o alcance da justiça³”, enquanto que, de outro, a Economia que “visa a eficiência” e não se preocupa em “desprezar a equidade” para atingi-la.⁴

Diante desse contexto, o que se resolveu chamar de judicialização da política é o resultado de um conflito entre “a própria democratização” – a qual inclui um maior acesso à justiça – e a “fragilização do modelo de Estado Social” – a qual faz surgir cada vez mais um número maior de prestações irrealizadas, que “acabam por desaguar nos Tribunais, como estuário da irresignação da cidadania, diante da inconsistência das políticas de bem-estar, das

¹ FREITAS JUNIOR, Luis de. **Riscos do intervencionismo judicial para a segurança jurídica e a efetividade da economia**. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/2009/Ano_IX_janeiro_2009/Riscos%20do%20Intervencionismo_Luis.pdf>. Acesso em: 12 out. 2009.

² MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valeria Ribas do. O direito à saúde e os “limites” do Estado Social: medicamentos, políticas públicas e judicialização. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 12, n. 2, p. 252, jul./dez. 2007.

³ “Se justiça é felicidade, então uma ordem social justa é impossível, enquanto justiça significa felicidade individual. Uma ordem social justa é impossível, mesmo diante da premissa de que ela procure proporcionar, senão a felicidade individual de cada um, pelo menos a maior felicidade possível ao maior número possível de pessoas.” Definição de justiça formulado por Jeremy Bentham *apud* KELSEN, Hans. **O que é justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 3.

⁴ FREITAS JUNIOR, op. cit.

promessas incumpridas da modernidade”, bem como os preceitos includentes, asseguradores e promovedores da dignidade da pessoa humana fundamentados na ordem constitucional.⁵

Para melhor visualizar o problema, segue um exemplo prático do que vem ocorrendo com milhares de brasileiros, alterando-se apenas os nomes, as doenças, os remédios e os procedimentos, e a unidade da federação na qual se encontram. O único ponto imutável é o cerne da questão – os fundamentos justificadores de uma ou outra conduta, concessão ou negação da tutela.

Em 1990, Dona Maria foi diagnosticada com feocromocitoma⁶, motivo este que a levou a fazer uso dos medicamentos Temodal e Talidomida. Acontece que, até 1999, Dona Maria gozou de relativa qualidade de vida, mas após essa data os sintomas da doença reiniciaram de forma aguda, resultando em cefaléia (dor de cabeça), dores lombares e perda de peso.

Infelizmente, em 2002 foi detectado um câncer maligno, que irradiou para a coluna torácica, e atualmente, encontra-se espalhado por todo o corpo, resultando em adormecimento da região maxilar, dores fortíssimas nas regiões do crânio e da coluna, com instabilidade da pressão arterial.

Dona Maria já recorreu a inúmeros tratamentos - iodo radioativo, radioterapia e quimioterapia -, hoje se submete a um tratamento com os remédios Temodal e Talidomida, os quais têm trazido excelentes resultados.

No entanto, apenas o medicamento Talidomida é fornecido pelo Distrito Federal, enquanto que o medicamento de alto custo Temodal, imprescindível para o seu tratamento, não é fornecido pelo Poder Público.

Acontece que Dona Maria não dispõe de condições financeiras para adquirir o citado medicamento, já que seu custo quinzenal do tratamento, no que se refere ao

⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valeria Ribas do. O direito à saúde e os “limites” do Estado Social: medicamentos, políticas públicas e judicialização. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 12, n. 2, p. 252, jul./dez. 2007.

⁶ Feocromocitoma é um tumor raro, originário das células cromafins, sua manifestação mais comum é a elevação da pressão arterial. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/abem/v48n5/a22v48n5.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2009.

medicamento pleiteado, supera o valor de R\$ 7.664,00 (sete mil seiscentos e sessenta e quatro reais).

Dona Maria esclarece que, por ora, necessita de 12 caixas de Temodal 100 mg e 08 caixas de Temodal 20 mg para que possa cumprir o programa de tratamento de 08 semanas constante na receita.

Ela pondera que sua vida está em jogo, já que o câncer se irradiou por diversas partes do seu organismo, só tendo sido detido pelo uso combinado do medicamento Temodal com a Talidomida.

Assim, invoca os fundamentos constitucionais baseados na proteção da vida e da saúde, bem como os constantes da Lei Orgânica do Distrito Federal, para embasar a sua pretensão.

Ela requer a concessão da segurança para que seja determinado à Autoridade Impetrada o fornecimento do medicamento Temodal enquanto for necessário ao seu tratamento, e, em 72 horas, os medicamentos prescritos na receita médica.

O custo total do tratamento ora solicitado é de R\$ 42.473,56. Se o tratamento persistisse por um ano, Dona Maria imputaria ao Governo do Distrito Federal o pagamento de R\$ 254.841,36. Comparativamente, ela receberia mais do que o previsto neste ano⁷ para a construção do segundo hospital regional de Ceilândia, R\$ 170.000,00, ou o equivalente à construção de 5 centros de saúde (custo aproximado de R\$ 50.000,00).⁸

Os juízes, em casos como este, têm entendido que o Estado não pode abandoná-la à própria sorte, omitindo-se em seu dever de assegurar a todos os cidadãos assistência social, bem como o direito à saúde. Eles recorrem ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de prestigiar o caráter fundamental do direito à saúde.

[...] Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer,

⁷ À época do levantamento destas informações o ano corrente era o ano de 2009.

⁸ BRASIL. Secretaria da Saúde do Governo do Distrito Federal. Orçamento da Secretaria da Saúde. Disponível em: <<http://www.saude.df.gov.br/sites/100/163/00005410.html>>. Acesso em: 28 maio 2009.

contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles, como os ora recorridos, que têm acesso, por força da legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes. [...].⁹

Diante dessa realidade, faz-se necessário indagar se essa é a decisão correta a ser adotada. Deve-se privilegiar um indivíduo em detrimento da coletividade? Ou deve-se sacrificar uma vida tendo em vista o bem geral da comunidade? O que fazer? E como justificar a decisão?

No âmbito do direito à saúde, as dificuldades são proeminentes, uma vez estarem as contradições inseridas na essência de seu objeto. Impõe-se ao intérprete o desafio de resolver um complexo quebra-cabeça de conciliar a eficácia imediata dos direitos sociais, considerando também seu aspecto evolutivo, a universalidade do sistema e a desigualdade social, igualdade e privilégios, direito subjetivo e direito coletivo, escassez de recursos e uso indevido do orçamento, justiça comutativa e justiça distributiva, dar prioridade às políticas de prevenção ou recuperação; a efetiva participação da comunidade no sistema, a distribuição de tarefas entre os entes da federação, descentralização e municipalização e a definição de quem tem legitimidade de escolher os caminhos para solucionar estes paradoxos.¹⁰

Assim sendo, tais questionamentos tornam possível, nesse momento, definir o campo problemático do tema objeto da presente monografia: a judicialização das políticas públicas de saúde – importante ressaltar que apesar das políticas públicas de saúde abrangerem uma variedade de atividades e programas, como por exemplo, a autorização de cirurgias, disponibilização de leitos e fornecimento de próteses, entre outros, a presente pesquisa se deterá na questão do fornecimento de medicamentos - e o impacto no orçamento.

O estudo proposto, no entanto, parte da análise dos argumentos apresentados de um lado, pelo Judiciário, e, de outro, pelo Executivo. Compreender os princípios constitucionais que proporcionam o impasse que permeia a questão apresenta-se como importante objetivo deste trabalho.

⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. RE 267612/RS. Ementa: [...] Relator: Min. Celso de Mello. Rio Grande do Sul, 02 ag. 2000. DJ 23-08-2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=163&dataPublicacaoDj=23/08/2000&incidente=1808272&codCapitulo=6&numMateria=119&codMateria=3>>. Acesso 03 mar. 09.

¹⁰ WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. O Direito Social e o Direito Público Subjetivo À Saúde: o desafio de compreender um direito com duas faces. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n. 2 p. 94, jul./out. 2008.

Para tanto, por se tratar de uma discussão que decorre do fato de vivermos num Estado de Direito, inicia-se o trabalho com um breve relato histórico acerca da trajetória percorrida para o alcance dos direitos sociais.

Em seguida, faz-se uma análise dos princípios constitucionais que permeiam o discurso apresentado pelo Judiciário, abordando a dignidade da pessoa humana, o direito à saúde, conforme elencado na Carta Magna, e a sua devida implementação por intermédio de políticas públicas, levando-se em consideração a questão do mínimo existencial e da reserva do possível.

Mais adiante, no segundo capítulo desta monografia, analisa-se a questão primordial levantada pelo Poder Executivo, qual seja, o planejamento da ação do Estado para a consecução de seus objetivos, traduzido pela função do orçamento.

O terceiro capítulo aborda as políticas públicas de saúde em si, para que no capítulo seguinte seja possível tratar exatamente do que viria a ser a judicialização de tais políticas, com um enfoque em qual seria o verdadeiro papel do Judiciário diante das limitações impostas pelo Legislativo na Carta Magna, que têm de ser levadas a cabo pelo Poder Executivo.

Mister registrar que a metodologia adotada para o desenvolvimento da presente monografia será a dogmática-instrumental, implementada por meio de pesquisa bibliográfica e documental, uma vez que envolve o exame de livros, artigos doutrinários, legislação e decisões judiciais relacionadas ao tema proposto. Salienta-se, ainda, que tendo em vista a realização de audiência pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal para coleta de informações e sessões de julgamento acerca da matéria a degravação também foi uma das técnicas adotadas.

1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1 Breve histórico

A atual Carta Magna nos permite extrair de seu Art. 1º que o Brasil é uma República Federativa que se constitui num Estado democrático de direito, tendo a cidadania e a dignidade da pessoa humana entre seus fundamentos. Há, assim, uma grande preocupação com as necessidades sociais, devendo o Estado implementar ações sociais voltadas para o bem comum, no intuito de realizar a justiça¹¹ social.¹²

Todavia, nem sempre foi assim. Numa análise histórica, o Estado de Direito surgiu como uma criação ideológica da sociedade burguesa, de suas lutas contra o absolutismo. Do ponto de vista histórico e material, o Estado de Direito inicialmente visava garantir a livre concorrência, a livre iniciativa e a propriedade privada, buscava a proteção das liberdades individuais e a organização do poder. Pela ótica formal, positivista da lei, o Estado de Direito¹³ representava a submissão do próprio Estado às suas normas gerais e abstratas, ou seja, nas relações com os cidadãos devia proceder juridicamente.¹⁴

Entendia-se, assim, que não era tarefa do Estado a formação da ordem econômica e da ordem social. No entanto, desde o início do Século XX, e mais fortemente ao final da 2ª Guerra Mundial, as profundas modificações desencadeadas pela desorganização da economia, a destruição dos parques industriais, a falta de emprego e de moradia, o elevado número de inválidos, o surgimento do sindicalismo e etc. levaram ao enfraquecimento dos objetivos do liberalismo, os quais foram substituídos por preocupações com o social.¹⁵

Foi diante desse cenário que para preservar o Estado de Direito da antiga burguesia e dar-lhe continuidade, abria-se espaço para o Estado Social de Direito. Um Estado de compromisso, que buscava “conciliar num plano de mediação e justiça os interesses mais

¹¹ “A justiça [...] diz respeito ao resultado correto do sistema político: a distribuição correta de bens, oportunidades e outros recursos.” DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 483.

¹² PEREIRA, José Matias. **Finanças públicas**: a política orçamentária no Brasil. São Paulo: Atlas, 2003.

¹³ “‘Estado de Direito’ neste sentido específico é uma ordem jurídica relativamente centralizada segundo a qual a jurisdição e a administração estão vinculadas à lei – isto é, às normas gerais que são estabelecidas por um parlamento eleito pelo povo, com ou sem a intervenção de um chefe de Estado que se encontra à testa do governo –, os membros do governo são responsáveis por seus atos, os tribunais são independentes e certas liberdades dos cidadãos [...] são garantidas.” Kelsen, Hans. **O que é justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 346.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. O Estado Social e a Tradição Política Liberal do Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, UFMG, Belo Horizonte, n. 53, p. 63-90, jul. 1981.

¹⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

opostos da sociedade, do Estado e do indivíduo, sem conceder a nenhum destes elementos o primado axiológico absoluto”.¹⁶

O objetivo passava a ser a prosperidade social (*Welfare State*), cabendo ao Estado atender às necessidades sociais básicas, adotando conjuntamente medidas de desenvolvimento econômico do país, de forma a assegurar o pleno emprego e o aumento da renda nacional, haja vista que “a pobreza acentuada e as altas polarizações sociais configuram um cenário que prejudica seriamente as possibilidades de crescimento econômico sustentado e, ao mesmo tempo, afeta gravemente a governabilidade democrática nos países em desenvolvimento”.¹⁷

O Estado, que devia exercer uma função simplesmente indicativa em relação ao setor privado, passa, no entanto, em nome da justiça social, a ter o dever de intervir nas relações jurídicas livremente constituídas no mercado, corrigindo os abusos verificados nas práticas comerciais, para afastar as distorções que o regime econômico do neoliberalismo possa impor.¹⁸

Desenvolvia-se, assim, um Estado Providência com base num “sistema securitário, em que as garantias sociais estavam associadas a seguros obrigatórios cobrindo os principais ‘riscos’ da existência (doença, desemprego, aposentadoria, invalidez, etc.)”.¹⁹

Esse caráter securitário acabou por fazer com que o Estado se desenvolvesse sob uma forma assistencial, “uma máquina de indenizar as pessoas desprovidas de recursos, mas que com o desemprego em massa e de longo prazo não foi capaz de evitar a polarização da economia, uma completa dissociação entre a economia e o social”.²⁰

Para que o Estado assim funcionasse criou-se a “cidadania regulada”, na qual só seriam cidadãos os membros da comunidade com ocupações reconhecidas e definidas em

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. O Estado Social e a Tradição Política Liberal do Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, UFMG, Belo Horizonte, n. 53, p. 73, jul. 1981.

¹⁷ KLIKSBERG, Bernardo. **Repensando o Estado para o Desenvolvimento Social**: superando dogmas e convencionalismos. São Paulo: Cortez, 1998. p. 18.

¹⁸ PEREIRA, José Matias. **Finanças públicas**: a política orçamentária no Brasil. São Paulo: Atlas, 2003. p. 70.

¹⁹ ROSANVALLON, Pierre. **A Nova Questão Social**. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998. p. 31.

²⁰ Ibidem, p. 95-99.

lei. A extensão da cidadania se fazia pela via da regulamentação de novas profissões, pois através delas era possível ampliar o escopo dos direitos.²¹

No entanto, com o passar do tempo, apreendeu-se a lição de que o aumento da participação no fluxo de bens decorria da capacidade de mobilização e reivindicação, e assim os diversos grupos passaram a se organizar. Transferia-se “o problema do leito institucional da acumulação para a esfera estritamente monetária”.²²

Inclusive, vários fundos públicos foram criados no intuito de solucionar a questão, mas a “ultrafiscalidade do Estado” chegava a um ponto que passava a ameaçar a acumulação de capital, reduzindo as possibilidades de crescimento, e, conseqüentemente, levaria tanto a democracia, como o sentido de igualdade nela inscrito a sucumbir.²³

Tinha-se claro que a Constituição não deveria servir apenas como ordem jurídica procedimental para o poder estatal, deveria também possuir uma função de documento capaz de integrar a comunidade na construção de uma consciência política, e, para tanto, dependeria decisivamente da sua realização e concretização no dia a dia, pressupondo assim um “mínimo de exequibilidade jurídica”²⁴

1.2 Direitos Sociais

Antes de iniciar a questão dos Direitos Sociais no Brasil, mister ressaltar que a questão da saúde vem sendo estudada com mais afinco, como tema de extrema relevância, desde 22 de julho de 1946, quando aprovada a Constituição da Organização Mundial da Saúde²⁵ quando então tornava-se “expresso que a saúde de todos os povos é uma das condições

²¹ SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Décadas de espanto e uma apologia democrática**. Rio de Janeiro: Rocco, 1998. p. 103.

²² Ibidem, p. 112.

²³ OLIVEIRA, Francisco de. **Os direitos do antivalor: a economia política da hegemonia imperfeita**. Rio de Janeiro: Vozes, 1998. p. 47.

²⁴ KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 29.

²⁵ Organização internacional especializada em saúde, surgiu logo após o término da Segunda Grande Guerra, formada por especialistas em Saúde Pública de vários países, os quais acreditavam que “pelos ensinamentos da história, antiga e recente, é mais do que evidente que pobreza, discriminação e marginalização social, más condições de habitação e de trabalho, práticas de violências físicas, tudo isso afeta gravemente a saúde dos seres humanos e assim compromete sua integridade física e psíquica e sua própria dignidade. Consideraram, também, ser necessário um esforço permanente, em escala mundial, para que a todos os seres humanos, ‘iguais em direitos e dignidade’ segundo a Declaração Universal, seja assegurado o direito à saúde, condição indispensável para a preservação e o desenvolvimento da pessoa humana e para a harmonia social e a paz.”

fundamentais para a paz no mundo e a segurança”. E que somente com uma colaboração estreita entre indivíduos e Estado seria possível tentar alcançar esse objetivo. Nessa linha, já em 1948, a Declaração Universal proclamou a superioridade da dignidade da pessoa humana, sendo que inúmeros outros documentos, pactos, convenções e declarações a seguiram reforçando a dignidade como valor maior.²⁶

Foi precisamente com base no reconhecimento universal da dignidade humana como valor superior, os constituintes brasileiros de 1988, à semelhança do que fizeram os constituintes em outras partes do mundo, na segunda metade do século XX, proclamaram expressamente, no artigo 1º da Constituição, que um dos fundamentos da República brasileira é “a dignidade da pessoa humana”.²⁷

Nesse diapasão, uma vez estabelecido que a manutenção da dignidade da pessoa humana é um “fim” em si mesmo, qualquer outro objetivo econômico, político, científico ou social que afete o ser humano deverá ser considerado apenas um “meio”. Inadmissível compreender como ético o comportamento daquele que inverte os valores e dá à pessoa humana a simples condição de “meio”. Jamais, numa situação em que se utiliza a pessoa como “meio” é possível proporcionar “futuros benefícios à humanidade”. Como é possível “dizer que houve benefício para a humanidade se alguns, ou mesmo muitos seres humanos, receberam algum bem que só foi obtido graças à anulação da dignidade de outros seres humanos”?²⁸

No Brasil, para garantir que tais preceitos fossem assimilados devidamente, o constituinte preocupou-se em estabelecer, no Art. 6º da Lei Maior, que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição”. E, em seu Art. 196 reafirma que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

É certo que o “conjunto de normas emanadas da atividade legislativa estatal é que regula a atividade sanitária e define os meios de que o Estado dispõe para concretizar o

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Rev. Saúde Pública**, v. 22, n. 1, p. 57-63, 1988. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n1/08.pdf>> Acesso em: 15 set. 2009.

²⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Ética Sanitária. In: COSTA, Alexandre Bernardino *et al.* (Org.). **O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: CEAD/UnB, 2009. p. 145.

²⁷ Ibidem, p. 138.

²⁸ Ibidem, p. 139.

sistema de saúde.”²⁹ Mas, os direitos sociais, por exigirem uma maior intervenção, bem como a elaboração de políticas públicas para sua satisfação, fazem com que se desvie o “foco das atenções da esfera legislativa do Estado para o ambiente da atividade executiva. Não basta [...] apenas legislar, é necessário assegurar a usufruição dos direitos”.³⁰

Em que pese a importância dos demais poderes para a consecução do direito à saúde, cabe ao Poder Executivo, em parceria com a sociedade civil, elaborar, implementar e executar as políticas públicas sanitárias. A Reforma Sanitária institucionalizou-se no âmbito do Poder Executivo e hoje o Ministério da Saúde (MS) é a principal autoridade federal que cumpre o dever do Estado de garantir o direito à saúde a todos. [...] O Poder Executivo é hoje peça-chave para a construção do direito à saúde. Cabe a ele articular com os mais diversos parceiros, dentro e fora do poder público, para que o direito à saúde a ser cotidianamente construído seja fruto das verdadeiras demandas da sociedade.³¹

Nesse diapasão, resta ao Poder Judiciário a obrigação de se manifestar quando acionado para decidir em casos concretos.³² Mas em matéria de saúde, a solução nem sempre é tão simples, o ideal seria recorrer à clássica lição aristotélica que afirma que a “virtude está no meio termo, ou seja, o juiz deve reconhecer a dimensão do direito à saúde, mas não perder de vista os limites estruturais do setor e a compreensão dos atos administrativos que integram a política pública sanitária”.³³

Diante dessas condições, entende-se que seja válido utilizar-se da ponderação, ou seja, buscar uma proporcionalidade para compatibilizar os parâmetros de constitucionalidade:

[...] O controle das restrições aos direitos fundamentais se dará, depois de ultrapassados os limites constitucionais como a reserva de lei, por um processo de balanceamento de bens jurídicos, direitos fundamentais e valores em conflito, já que estes direitos encontram-se sob uma “reserva imanente de ponderação”[...].³⁴

²⁹ OLIVEIRA, Mariana S. de Carvalho; DELDUQUE, Maria Célia. Tijolo por tijolo: a construção permanente do direito à Saúde. In: COSTA, Alexandre Bernardino *et al.* (Org.). **O Direito achado na rua**: Introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/UnB, 2009. p. 106.

³⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valeria Ribas do. O direito à saúde e os “limites” do Estado Social: medicamentos, políticas públicas e judicialização. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 12, n. 2, p. 253, jul./dez. 2007.

³¹ OLIVEIRA, op cit., p. 106-107.

³² PEREIRA, José Matias. **Finanças públicas**: a política orçamentária no Brasil. São Paulo: Atlas, 2003.

³³ OLIVEIRA, op. cit., p. 108.

³⁴ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**: Efetividade Frente à Reserva do Possível. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 164

Esse limite imanente até parece aceitável, vez que o direito não se distancia da realidade, a ele não é dado pretender o absurdo. Se uma série de escolhas devem ser feitas, o que de fato ocorre é uma “redução da esfera de atuação da norma”, a qual acaba por acarretar uma efetiva diminuição de eficácia, e um conseqüente enfraquecimento do sistema protetivo dos direitos.³⁵

1.3 Princípios constitucionais

Diante dessa realidade, emerge para a sociedade a questão do mínimo existencial³⁶ necessário à dignidade da pessoa humana. Imprescindível se faz nesse momento, antes de começar a delimitar o alcance da noção de dignidade humana, compreender seu conteúdo e o significado.

O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na idéia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão.³⁷

Para SARLET³⁸, a construção desse entendimento se inicia tentando esclarecer que a dignidade, a princípio, trazia consigo a idéia do pensamento cristão, o qual afirmava ser o homem criado à imagem e semelhança de Deus, destarte, dotado de um valor próprio que lhe era intrínseco.

Com o passar do tempo, a autodeterminação e a autonomia da vontade passaram a incorporar o conceito de dignidade, “considerando-a como a liberdade de escolher de acordo com sua razão e de agir conforme seu entendimento”. Tentando se fazer mais claro, SARLET³⁹ invoca Kant afirmando que “quando uma coisa tem um preço, é possível substituí-la pelo equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, não permitindo equivalente, ela tem então dignidade...”.

³⁵ Ibidem, p. 191.

³⁶ Muito além da existência biológica do ser humano, a dignidade humana se preocupa com a satisfação das mínimas condições de vida “que assegurem a realização da natureza humana e a convivência social”. FRANCISCO, José Carlos. Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à Saúde. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.) **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 859.

³⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **O Orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 314.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Conteúdo e significado da noção de dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Conteúdo e significado da noção de dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004. p. 33.

E é justamente no pensamento de Kant que, não apenas SARLET⁴⁰, mas a doutrina majoritária busca respaldo para as bases de uma fundamentação teórica de dignidade. Não caberia confronto da dignidade com qualquer coisa que tivesse preço, sem de algum modo ferir-lhe sua “santidade”, repudia-se toda e qualquer coisificação e instrumentalização do ser humano. A própria Declaração Universal da ONU (1948), em seu artigo 1º estabelece que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

O mínimo existencial não é um valor, por não possuir generalidade e a abstração de idéias como as de liberdade, justiça e igualdade [...] também não é princípio jurídico, por não exibir as principais características dos princípios, que são as de ser objeto de ponderação e de valer *prima facie* [...] O mínimo existencial é regra, porque se aplica por subsunção, constitui direitos definitivos e não se sujeita à ponderação.⁴¹

Enfim, para SARLET⁴², a dignidade é “simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais, [...] da comunidade em geral, de todos e de cada um”, mas, ao Estado, como tarefa imposta, cabe guiar suas ações com o intuito de promovê-la, “criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade”.

Consoante a este entendimento, KRELL⁴³ acredita que aqueles que vêm a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais como dependentes dos recursos econômicos – uma “elevação do nível da sua realização estaria sempre condicionada pelo volume de recursos suscetíveis de ser mobilizado” - fazem com que a disponibilidade orçamentária seja considerada como verdadeira barreira à efetivação dos direitos sociais prestacionais.

Para aqueles⁴⁴ que defendem que “não existem direitos se não houver meios econômicos para torná-los efetivos”, a questão da escassez de recursos passa a ser considerada

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ TORRES, Ricardo Lobo. **O Orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 316.

⁴² SARLET, op. cit., p. 47.

⁴³ KRELL, Andreas. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 51.

⁴⁴ A teoria externa, defendida por autores Alexy e Borowski, na Alemanha; José Carlos Vieira de Andrade, em Portugal; e no Brasil por Jane Reis Pereira e Virgílio Afonso da Silva, baseia-se na teoria de princípios e crê que os direitos fundamentais são restringíveis por intervenções exteriores ao seu conteúdo essencial. TORRES, Ricardo Lobo. **O Orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 317.

elemento intrínseco do direito. Nessa ótica, não há influência da dimensão econômica sobre a teoria jurídica, há, sim, uma prevalência daquela sobre esta.⁴⁵

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.⁴⁶

Essa negação das prestações de serviços sociais básicos por parte do Estado, tendo por base “os argumentos comuns da falta de verbas e da ausência da competência do Judiciário para decidir sobre a aplicação dos recursos públicos”, principalmente na área da saúde, quando o bem maior da vida humana é que está em jogo, equipara-se à condenação a uma “pena de morte.”⁴⁷

Sob a análise da escassez de recursos financeiros, o que se extrai é o entendimento de que só estará acobertado pelo manto normativo, ou seja, só poderá ser exigível judicialmente, se a previsão orçamentária albergar aquela prestação fática, assim “não existiria direito à saúde para além desses limites previamente estabelecidos”.⁴⁸

A reserva de possível corresponde a um dado de realidade, um elemento do mundo dos fatos que influencia na aplicação do Direito, não podendo o direito prescrever o impossível, sob pena de o texto constitucional tornar-se a folha de papel, prevista por Lassale. Os dados de realidade não devem ser negligenciados, a disponibilidade fática de meios necessários para a concretização do direito é tão importante quanto à disponibilidade jurídica.⁴⁹

⁴⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade Frente à Reserva do Possível**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 187.

⁴⁶ SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. - RE 271286. Ementa: [...].Relator Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 12 set. 2000. DJ 24-11-2000. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE\\$.SCLA. E 271286.NUME.\)OU\(RE.ACMS. ADJ2 271286.ACMS.\)&base=baseAcord aos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE$.SCLA. E 271286.NUME.)OU(RE.ACMS. ADJ2 271286.ACMS.)&base=baseAcord aos)>. Acesso em: 22 out. 2009.

⁴⁷ KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 64-65.

⁴⁸ OLSEN, op. cit., p. 189.

⁴⁹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade Frente à Reserva do Possível**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 201.

Apenas a título de argumento *obter dictum*, as ações ajuizadas contra os entes públicos com escopo de obrigar-lhes indiscriminadamente ao fornecimento de medicamento de alto custo devem ser analisadas com muita prudência. O entendimento de que o Poder Público ostenta a condição de satisfazer todas as necessidades da coletividade ilimitadamente, seja na saúde ou em qualquer outro segmento, é utópico; pois o aparelhamento do Estado, ainda que satisfatório aos anseios da coletividade, não será capaz de suprir as infindáveis necessidades de todos os cidadãos. Esse cenário, como já era de se esperar, gera inúmeros conflitos de interesse que vão parar no Poder Judiciário, a fim de que decida se, nesse ou naquele caso, o ente público deve ser compelido a satisfazer a pretensão do cidadão. E o Poder Judiciário, certo de que atua no cumprimento da lei, ao imiscuir-se na esfera de alçada da Administração Pública, cria problemas de toda ordem, como desequilíbrio de contas públicas, o comprometimento de serviços públicos, dentre outros. O art. 6º da Constituição Federal, que preconiza a saúde como direito social, deve ser analisado à luz do princípio da reserva do possível, ou seja, os pleitos deduzidos em face do Estado devem ser logicamente razoáveis e, acima de tudo, é necessário que existam condições financeiras para o cumprimento de obrigação. De nada adianta uma ordem judicial que não pode ser cumprida pela Administração por falta de recursos.⁵⁰

Os recursos orçamentários que sustentam o sistema público de saúde provêm basicamente de tributos, principalmente de contribuições que custeiam a Seguridade Social, mas, devido à “magnitude da importância da saúde e da envergadura dos gastos exigidos”, inúmeras⁵¹ são as fontes complementares – tanto de natureza tributária como remuneratória ou indenizatória.⁵²

Ademais, no âmbito da saúde foi somente com a publicação da Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, que se instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS), um projeto social único, uma política pública de saúde que mediante ações de promoção, prevenção e assistência à saúde garantem o acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país.

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

⁵⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª turma. RMS 28.962/MG. Ementa: [...] Rel. Ministro Benedito Gonçalves. Minas Gerais, 25 ag. 2009. DJe 03/09/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=fornec%24+%28medic%24+ou+remed%24%29+e+reserv%24+possivel+&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1#>> Acesso em: 22 out. 2009.

⁵¹ PIS (Lei Complementar 07/1970), Contribuição Social sobre Lucro Líquido (Lei 7.689/1989) e a COFINS (Lei Complementar 70/1991).

⁵² FRANCISCO, José Carlos. Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à Saúde. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.) **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 871.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Nesse caso, a reserva do possível consiste em averiguar a disponibilidade de recursos necessários à efetivação da proposta supracitada. Mister se faz planejar as ações governamentais, de forma a superar as desigualdades sociais e promover o desenvolvimento econômico do país, sendo, ainda, imprescindível superar a concepção de estrutura administrativa liberal, fundada na separação entre Estado e sociedade, na centralização do poder e na relação hierarquizada com os cidadãos.⁵³

A Carta Magna garante aos cidadãos acesso universal e igualitário às ações e serviços a fim de promover, proteger e recuperar a saúde, por ser ela direito de todos e dever do Estado. Não podem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios eximirem-se de fornecer medicamento a paciente que se trata pela rede pública. Caso a Administração não cumpra o seu mister, faculta-se ao administrado submeter a apreciação de tal lesão ao Poder Judiciário. A cláusula da reserva do possível não pode ser aposta como obstáculo à concretização do direito subjetivo à saúde, pois integra o núcleo mínimo necessário à satisfação do princípio da dignidade humana e merece ser privilegiado.⁵⁴

Nas palavras de Eros Grau⁵⁵, “a dignidade da pessoa humana apenas restará plenamente assegurada se e enquanto viabilizado o acesso de todos não apenas às chamadas liberdades formais, mas, sobretudo, às liberdades reais.” Por tratar-se de princípio político, de princípio impositivo, de uma diretriz - programa de promoção de uma existência digna – qualquer não conformidade ensejaria uma violação expressa à Constituição.

O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode

⁵³ OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁵⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. 1ª Turma Cível. 20060111278575APC. Ementa: [...] Relator: Lécio Resende. Brasília, DF, 23 set. 2009, julgado em 23/09/2009, DJ 13.10.2009 p. 87. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?DOCNUM=3&PGATU=1&l=20&ID=61656,41859,14711&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=IN TER>>. Acesso em: 22 out. 2009.

⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 197.

derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, *"The Cost of Rights"*, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.⁵⁶

Convém acrescentar que uma Constituição meramente formal, na medida em que "define direitos que não garante, na medida em que esses direitos só assumem eficácia

⁵⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. ADPF 45 MC, Ementa: [...] Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 29.04.2004. DJ 04.05.2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADPFMC.SCLA.%20E%2045.NUME.&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 05 fev. 2010.

plena quando implementados pelo legislador ordinário ou por ato do Executivo -, consubstancia um instrumento retórico de dominação”, e, portanto, não passa de um mito.⁵⁷

Assim, o fato é que na falta de políticas públicas concretizadoras das normas-programa da Carta Constitucional, deve o Judiciário insurgir como instrumentário para o resgate dos direitos não realizados. Sabe-se que a melhoria da qualidade na prestação de um serviço social básico irá invariavelmente “depender do repasse de um maior volume de verbas e/ou de uma reformulação de sua estrutura administrativa”.⁵⁸

No entanto, não se pode olvidar que, ante a atual conjuntura sócio-econômica, do Judiciário se requer certa “razoabilidade na hermenêutica dos dispositivos legais”, pois dele é exigido que “adote um comportamento que propicie o desenvolvimento social a partir do modelo neoliberal vigente.”⁵⁹

Os poderes públicos devem promover, mediante prestações materiais de índole positiva, os meios necessários ao alcance das condições mínimas indispensáveis a uma vida digna. A legislação de regência impõe ao Distrito Federal a obrigação de dar atendimento médico à população, assegurando aos hipossuficientes, entre outros, o direito à assistência farmacêutica e aos medicamentos necessários a uma vida minimamente digna. O Estado só pode se escusar de comando constitucional se comprovada a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, o que não restou demonstrada nos autos.⁶⁰

Hoje, no Brasil, a reserva do possível é tida como fática - havendo disponibilidade financeira adjudicam-se os direitos prestacionais. O Supremo Tribunal Federal exige que a política pública seja dirigida aos menos favorecidos, mas as instâncias inferiores abusam da prática concedendo indiscriminadamente prestações positivas aos bem afortunados, “sem indagar sobre a jusfundamentalidade do direito”. Já o Superior Tribunal de Justiça reconhece o direito de indenização de tratamento no exterior quando os órgãos previdenciários

⁵⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 41.

⁵⁸ KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 101-106.

⁵⁹ FREITAS JUNIOR, Luis de. **Riscos do intervencionismo judicial para a segurança jurídica e a efetividade da economia**. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/2009/Ano_IX_janeiro_2009/Riscos%20do%20Intervencionismo_Luis.pdf>. Acesso em: 12 out. 2009.

⁶⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. 1ª Turma Cível. 20080110059552APC. Ementa: [...] Relator Flavio Rostirola. julgado em 16.09.2009. DJ 28.09.2009, p. 97. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?DOCNUM=4&PGATU=1&l=20&ID=61656,41859,14711&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT>>. Acesso em: 22 out. 2009.

são omissos. Se assim continuar, o Judiciário corre o risco de derivar para a política paternalista”.⁶¹

Como se percebe, variadas são as críticas à judicialização excessiva, desde a interpretação da programaticidade⁶² da norma até à ilegitimidade democrática, muitas são as tentativas de se dizer que há uma certa “intromissão” do Judiciário. O referido Poder se defende, quando questionado sobre o fato de não ter sido eleito para decidir sobre políticas públicas, alegando que o Art. 1º da Carta Magna estabelece que todo poder emana do povo, mas qual poder? O poder de governar. “O Poder Judiciário não governa, mas evita o desgoverno. Não há desgoverno maior do que desrespeitar a Constituição”. O guardião da Constituição é o Judiciário, e a Constituição foi redigida pela mais legítima de todas as manifestações - a Assembléia Nacional Constituinte (ANC). “Assim o guardião da Lei Maior, é também democrático, a ANC representa a nação - o povo de ontem, de hoje e de amanhã – superando assim o poder do povo, que só se preocupa com o agora.”⁶³

Nas palavras de Barry Friedman⁶⁴, trata-se de “um corpo escolhido de cidadãos, cuja sabedoria pode melhor distinguir o verdadeiro interesse de seu país, e cujo patriotismo e amor à justiça serão menos provavelmente sacrificados em favor de considerações parciais e temporárias.”

Porém, com quais critérios o Poder Judiciário poderá intervir nas políticas públicas? Qual seria o mínimo existencial que deveria prevalecer? Eis que entra em pauta o princípio da razoabilidade, o qual busca um “justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados”.⁶⁵

⁶¹ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 337.

⁶² Crítica consubstanciada no art. 196 da CF/88, o qual deixa claro que o direito à saúde será garantido por meio de políticas sociais e econômicas, e não por intermédio de decisões judiciais, é, pois, uma tarefa que pertence aos órgãos executores. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.) **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 892.

⁶³ Comentários do Ministro Carlos Ayres Britto (STF), em banca de defesa de mestrado do aluno Fabrício Medeiros, sobre o direito à saúde e as políticas públicas de saúde, especificamente quanto à questão de fornecimento de medicamentos, realizada em 19 nov. 2009, no UniCEUB.

⁶⁴ VERSÍSSIMO, Marcos Paulo. **A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988**. 2006. 264f. Tese (Doutorado) – Programa de pós- graduação *latu sensu* da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2006.p. 34.

⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo: ano 11, n. 42, p. 18, out./dez. 2008.

Tal princípio comporta ainda sub-princípios como: a) o princípio da conformidade ou adequação dos meios – “impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes”; b) princípio da necessidade – traz a idéia de menor ingerência possível, de tal sorte que acarrete ao cidadão a menor desvantagem possível; e c) princípio da proporcionalidade em sentido estrito – justa medida.⁶⁶

João Batista Lopes⁶⁷ afirma que:

Pelo princípio da proporcionalidade o juiz, ante o conflito levado aos autos pelas partes, deve proceder à avaliação dos interesses em jogo e dar prevalência àquele que, segundo a ordem jurídica, ostentar maior relevo e expressão. [...] Não se cuida, advirta-se, de sacrificar um dos direitos em benefício do outro, mas de aferir a razoabilidade dos interesses em jogo à luz dos valores consagrados no sistema jurídico.

Assim sendo, os princípios⁶⁸ traduzem postulados de proteção, e o sopesamento entre eles tem sido utilizado para resolver as questões que a todo momento chegam ao Poder Judiciário. Problemas concretos deverão ser resolvidos, portanto, juízos de ponderação se tornam inevitáveis. No caso do fornecimento de medicamentos, compreende-se que a ação estatal apresenta um custo público, de forma que a escassez de recursos faz com que escolhas alocativas sejam necessárias. Levar a sério os direitos é considerar como fática a escassez, e, conseqüentemente, aplicar critérios de justiça distributiva pautadas num critério de macro justiça, de maximização dos resultados, de modo que a justiça no caso concreto leve em conta a análise das conseqüências globais.

1.4 Objetivos fundamentais da República

Aprofundar ainda mais na discussão acerca dos direitos sociais sem antes ponderar acerca da interdependência entre Direito, Economia e Política seria no mínimo uma tentativa de impor um viés que induz a uma visão micro dos dilemas que vêm sendo

⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo: ano 11, n. 42, p. 18, out./dez. 2008. p. 19.

⁶⁷ Ibidem, p. 21.

⁶⁸ Para Dworkin não se pode reduzir o ordenamento jurídico a meras estruturas normativas, o direito consiste em regras e princípios, postos e identificados pela sociedade, refletem os valores de uma sociedade num dado momento histórico. E, quando uma regra não contempla integralmente a solução de um caso difícil, deve se recorrer aos princípios sociais daquela comunidade daquele dado momento. Para aprofundar nesse tema vide O império do direito, por Ronald Dworkin.

enfrentados. Recordar do art. 3º da atual Carta Magna traz à tona um novo enfoque de grande relevância.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
 I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
 II - garantir o desenvolvimento nacional;
 III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
 IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Os objetivos fundamentais são como diretrizes, visam guiar as ações do Estado. Os quatro incisos elencados, na visão de Kaldor e Hicks, a partir de um modelo de Bentham, “sugerem que as normas devem ser desenhadas de maneira a gerarem o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas.”⁶⁹

No entanto, é preciso compreender que garantir o desenvolvimento nacional, é garantir o meio pelo qual será possível alcançar os demais objetivos, “os direitos sociais só serão oferecidos de maneira digna quando o mercado privado de circulação de riquezas for protegido e incentivado.” Assim, Direito e Economia precisam “abordar os mesmos temas com linguagens diversas”, esforços devem ser cumulados com o intuito de maximizar as potencialidades do país.⁷⁰

O Direito não pode negar nem desconhecer o mundo globalizado de mercado em que vivemos. A produção e distribuição de riqueza interna são adstritos ou fomentados internamente pela normatização legal imposta pelo Estado. O crescimento do mercado de consumo e a geração de empregos formais constituem condições *sine qua non* para o Brasil ter maior disponibilidade de recursos e crescer economicamente. Assim, poderá cumprir, em maior perspectiva, o pacto social firmado na Constituição de 1988.⁷¹

Ademais, se for levado em consideração que em 1998 o Brasil já se encontrava entre os cinco maiores consumidores de medicamentos do mundo, e que 60% da produção de medicamentos do país beneficiavam apenas 23% da população, ainda mais

⁶⁹ SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 76.

⁷⁰ OLIVEIRA, Fábio Gabriel de; PIMENTA, Eduardo Goulart. **Como o direito privado pode contribuir para o desenvolvimento nacional?** Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/08_311.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2010. p. 2.

⁷¹ Ibidem.

necessária se torna a Análise Econômica do Direito (AED).⁷² “A racionalidade dos agentes, um dos postulados econômicos, que leva à procura da maximização de utilidades, a eficiência alocativa, segundo essa visão, vão ao encontro da idéia de solidariedade e geração do bem estar coletivo.”⁷³

⁷² COSENDEY, Marly Aparecida Elias *et al.* Assistência farmacêutica na atenção básica de saúde: a experiência de três estados brasileiros. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 1, jan. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-11X2000000100018&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 09 mar. 2010.

⁷³ SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 76.

2 O PLANEJAMENTO DA AÇÃO GOVERNAMENTAL

2.1 A atividade financeira do Estado

No atual contexto no qual “a globalização decretou a marginalização da ética, substituindo-a pelas leis de mercado”⁷⁴, para que o Estado possa desempenhar essas atividades de efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais que constituem sua finalidade precípua, precisa buscar meios materiais para que possa prestar esses serviços de interesse geral que lhe são atribuídos. A essa atividade de natureza patrimonial, a qual visa atender às necessidades públicas, convencionou-se chamar de atividade financeira do Estado.⁷⁵

“A atividade financeira é o conjunto de ações do Estado para a obtenção de receita e a realização de gastos para o atendimento das necessidades públicas.”⁷⁶ Assim, o Estado dispõe daquilo que arrecada, seguindo, portanto, a mesma lógica de mercado que atinge a todas as pessoas, apesar de os fins estatais e das formas de arrecadação diferirem daqueles dos particulares. As necessidades públicas não devem ser confundidas com a necessidade coletiva, e nem mesmo com a soma das necessidades individuais. As necessidades públicas são na verdade, aquilo que os governantes apontam como os fins das comunidades, são aquelas vontades gerais que merecem ser satisfeitas por intermédio de uma atividade pública, em virtude da existência de norma jurídica.⁷⁷

No entanto, devido à escassez de recursos financeiros, é que se torna necessário que a atividade política eleja quais serão as atividades prioritárias, não podendo para tanto incluir a própria atividade financeira como sendo um fim do Estado. É certo que existe uma necessidade do Estado em arrecadar os meios financeiros, não para armazená-los, mas, sim, para direcioná-los à concretização de suas metas. Nesse âmbito, a moeda nada mais é do que mero instrumento de troca, mas é com ela que o Estado quita seus débitos.⁷⁸

Diante desse cenário, a idéia de se ter um planejamento para coordenar a atividade econômica financeira do Estado surge trazendo alguns pontos de repercussões fundamentais, entre eles, a questão do orçamento sofrer ação da economia e sobre esta exercer

⁷⁴DALLARI, Dalmo de Abreu. Ética Sanitária. In: COSTA, Alexandre Bernardino *et al.* (Org.). **O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: CEAD/UnB, 2009. p. 140.

⁷⁵PEREIRA, José Matias. **Finanças públicas: a política orçamentária no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2003.

⁷⁶TORRES, Ricardo Lobo. **O Orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p.3.

⁷⁷BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

⁷⁸Ibidem.

influência; a noção de que o gasto público não constitui um simples meio para atender os serviços públicos, mas deve atender às funções econômicas; e, o fato dos impostos possuírem finalidades extra-fiscais, atuando positivamente como elementos reguladores e redistribuidores.⁷⁹

Percebe-se, então, que o planejamento da ação do Estado, mediante a racionalização no uso dos recursos, é essencial, pois é “o descompasso entre o projeto político-constitucional e o projeto político-econômico” que cria o conflito que deságua na Jurisdição.⁸⁰ Reforça-se o entendimento de que é dever da Administração construir políticas públicas eficientes, criando condições para materializar os preceitos constitucionais.⁸¹

2.2 O orçamento público

Para que o Estado providencie o atendimento das legítimas expectativas dos cidadãos, levando em consideração suas funções econômicas, só lhe é permitido despender aquilo que arrecadou. Surge assim a figura do orçamento público, figura muito conhecida dos particulares, pois este muito tem a ver com a noção de planejamento econômico. Estimam-se as receitas e em função delas se definem as prioridades a serem atendidas.

No início, esse dispositivo não abarcava a despesa pública, mas com o passar do tempo, percebeu-se que não bastava apenas autorizar a cobrança de rendas públicas, era necessário verificar se a aplicação correspondia à finalidade para qual foi autorizada.⁸²

No Brasil, foi na Constituição de 1824 que surgiram as primeiras exigências para a elaboração de orçamentos formais. Em seu artigo 172, o Ministro de Estado da Fazenda ficava incumbido de apresentar anualmente na Câmara dos Deputados um balanço geral das receitas e despesas do ano anterior, e o orçamento de todas as rendas e despesas públicas do ano seguinte.⁸³

⁷⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

⁸⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valeria Ribas do. O direito à saúde e os “limites” do Estado Social: medicamentos, políticas públicas e judicialização. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 12, n. 2, p. 251, jul./dez. 2007.

⁸¹ OHLWEILER, Leonoel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 323-345.

⁸² GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. São Paulo: Atlas S.A., 2003. p. 151-153.

⁸³ Ibidem, p. 151-153.

Servia inicialmente como instrumento de controle, não apenas do Legislativo sobre o Executivo, mas como deste em relação às suas próprias unidades. A princípio revestia-se de caráter meramente contábil, adotando classificações elementares, mas que atendiam às necessidades da época.

No decorrer dos anos, novos critérios de classificação foram adotados, mas todos continuavam a evidenciar meios e finalidades. Somente em 1974, com a Portaria nº 9, que o Ministério do Planejamento e Coordenação Geral possibilitou um salto qualitativo, pois passou a associar “planejamento e orçamento como elos de um mesmo sistema”.⁸⁴

2.3 O sistema orçamentário brasileiro

Atualmente, o sistema orçamentário brasileiro é composto por três funções essenciais: planejamento, gerência e controle. Para que as metas propostas se viabilizem, o “planejamento recolhe e analisa as informações, elabora e avalia alternativas de ações futuras, subsidia decisões políticas e realimenta esse processo ao avaliar a eficácia das decisões tomadas”.⁸⁵

O planejamento governamental deixa de ser um instrumento de caráter técnico para tornar-se um mecanismo jurídico por meio do qual o dirigente passa a obrigar-se com a execução da atividade governamental na busca da realização das mudanças necessárias para o alcance do desenvolvimento econômico e social. Os “planos, depois de sua aprovação, adquiriam características jurídicas, com natureza e efeitos de lei, instituindo direitos e obrigações, e autorizando a realização de despesas”.⁸⁶

E é em função disso que se almeja que ao juiz seja atribuída uma corresponsabilidade, ou seja, a “responsabilidade, que, pela clássica divisão dos poderes cabia exclusivamente ao Legislativo e Executivo, passe a ser imputada também à justiça”, exigindo uma ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política pública.⁸⁷

⁸⁴ GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. São Paulo: Atlas S.A., 2003. p. 59-63.

⁸⁵ PEREIRA, José Matias. **Finanças públicas: a política orçamentária no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 132.

⁸⁶ Ibidem, p. 123.

⁸⁷ KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 94.

A intenção é fazer com que o Poder Judiciário seja melhor incorporado às análises do sistema político:

O Judiciário é fundamental para atingir o equilíbrio entre duas características: *decisiveness*, a eficiência na tomada de decisões pelo sistema político, e *resoluteness*, a capacidade do país seguir um percurso estável e pouco errático em termos de adoção e implementação das políticas públicas.⁸⁸

Nesse contexto, o Poder Judiciário passa a ser responsabilizado pela coerência entre suas decisões e os projetos de mudança social, cabendo aos intérpretes do texto constitucional evitar que as políticas públicas que visam atender às demandas sociais não sejam mitigadas, ou até mesmo destruídas, por interpretações arraigadas no já ultrapassado “paradigma liberal defensor da autonomia privada”.⁸⁹

A função gerencial traz a idéia de que o desenvolvimento se dá em todos os níveis da organização, é uma atividade integrativa que viabiliza o sistema de tomadas de decisão.⁹⁰ No caso específico da saúde, a Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, atribui à direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS) a responsabilidade de “elaborar o planejamento estratégico nacional no âmbito do SUS em cooperação com os estados, municípios e o Distrito Federal” - Art. 16, inciso XVIII, pois quanto mais participativo o processo, melhores os resultados, mais legítima se torna a vontade geral.

A referida Lei dedica seu Capítulo III ao planejamento e orçamento. Já no primeiro artigo desse capítulo é estabelecido o processo de planejamento e orçamento do SUS, o qual “será ascendente, do nível local até o federal, ouvidos seus órgãos deliberativos, compatibilizando-se as necessidades da política de saúde com a disponibilidade de recursos em planos de saúde dos municípios, dos estados, do Distrito Federal e da União” - Art. 36 da Lei 8.080/90.

Sobre a função de controle, o orçamento permite que periodicamente sejam reavaliados os objetivos e fins do governo. Para tanto se utiliza do orçamento-programa - um conjunto de conceitos e disposições técnicas sistematizado originalmente pela Organização das

⁸⁸ TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 249, 2007.

⁸⁹ KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 97.

⁹⁰ PEREIRA, José Matias. **Finanças públicas**: a política orçamentária no Brasil. São Paulo: Atlas, 2003. p. 123.

Nações Unidas - “um sistema em que se presta particular atenção às coisas que um governo realiza mais do que às coisas que adquire”. A ênfase está nas realizações, apresentando os propósitos e os objetivos para os quais os créditos se fazem necessários, os programas, os custos dos programas e as medidas de desempenho que medem os produtos finais e os esforços despendidos.⁹¹

Torna-se nítido que à luz da escassez de recursos, a necessidade individual é claramente insuficiente como critério alocativo, outros critérios são necessários para se determinar quais, entre os inúmeros indivíduos necessitados dos recursos escassos, terão suas necessidades atendidas, e quais não o terão, muitas vezes com consequências fatais.⁹²

Para exemplificar o dia a dia dos magistrados, segue relato de Eduardo Appio, Juiz Federal, em notícia publicada no sítio Espaço Vital, em 16.02.2009:

Enfim, R\$ 132 mil (pagamento por um único medicamento sem uma eficácia comprovada e sem aprovação da Anvisa) para atender uma única mulher, sem previsão orçamentária, pode significar a morte de muitas outras pessoas que ficarão sem o atendimento adequado, Vendem-se sonhos a estas pessoas e a paciente tem todo o direito (moral) de correr atrás do medicamento.

Eu, como magistrado que atuou em uma Turma de Recursos que todos os dias julga estas questões sobre medicamentos, confesso, porém, grande preocupação. Na Justiça Federal da 4ª Região, por exemplo, consolidou-se a jurisprudência de que Municípios, Estados e União são solidariamente responsáveis pelo pagamento destes medicamentos, custe o que custar. Em muitos dos casos, um mesmo paciente recebe o medicamento duas ou três vezes, porque as três unidades de nossa federação se encarregam de prontamente adquirir o medicamento, sob pena de prisão.

Enfim, temos dois lados nesta importante discussão e os Estados reclamam que estas demandas (que no nível federal contra a União aumentaram 246% entre 2007 e 2008) levarão as secretarias estaduais de saúde à completa bancarrota.⁹³

Não resta dúvida que é uma tarefa difícil “reconhecer que mesmo a saúde, um dos bens mais importantes na vida das pessoas, tem preço e, portanto, limites.” Mas, é preciso ter em mente que não se trata apenas de determinar se o Estado deve ou não fornecer determinado medicamento, cirurgia, próteses, leitos etc., mas se a totalidade das políticas

⁹¹ GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. São Paulo: Atlas S.A., 2003. p. 151-153.

⁹² FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à saúde, recursos escassos e equidade**: os riscos da interpretação judicial dominante. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudien ciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_Saude_Recursos_escassos_e_equidade.pdf>. Acesso em: 23 maio 2009.

⁹³ APPIO, Eduardo. **Um negócio de bilhões**. Disponível em: <http://www.espacovital.com.br/noticia_imprimir.php?id=14009>. Acesso em: 16 fev. 2009

estatais é adequada para “enfrentar os determinantes complexos da saúde da população em geral.”⁹⁴

A superação da omissão do legislador ou da lacuna orçamentária se realiza por instrumentos orçamentários, e jamais à margem das regras constitucionais que regulam o orçamento. Se, por absurdo, não houver dotação orçamentária, a abertura dos créditos adicionais cabe aos poderes políticos (Administração e Legislativo), e não ao Judiciário, que apenas reconhece a intangibilidade do mínimo existencial e determina aos demais poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis. Na insuficiência da verba, o Executivo, desde que autorizado pelo Legislativo (art. 167, V da CF), deve suplementá-la pressionado pelo Judiciário; não havendo a dotação necessária à garantia do direito, o Legislativo deve abrir o crédito especial, providenciando a anulação das despesas correspondentes aos recursos necessários (art. 166, §3º, II, e 167, V da CF).⁹⁵

E sob essa ótica é que se incumbe o Poder Judiciário de garantir que as políticas públicas adotem uma processualidade capaz de salvaguardar a legitimidade democrática. Buscar a tutela do Judiciário é uma forma de realizar a transparência administrativa.⁹⁶

2.3.1 O Plano Plurianual - PPA

De acordo com a Carta Magna, art. 165 §1º, a lei que instituir o PPA estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal, para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada. Em verdade, constitui-se na “síntese dos esforços de planejamento de toda a administração pública”.⁹⁷

Com a edição da Lei Complementar nº 101, de quatro de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) surgiu um novo enfoque para a gestão dos recursos públicos, o qual passou a exigir a “modernização na técnica de elaboração e execução do orçamento público, com ênfase para o planejamento”. Reforçava-se a importância do Plano Plurianual em

⁹⁴ FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à saúde, recursos escassos e equidade:** os riscos da interpretação judicial dominante. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudien ciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_Saude_Recurso s_escassos_e_equidade.pdf>. Acesso em: 23 maio 2009.

⁹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **O Orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 323.

⁹⁶ OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais:** orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 338-339.

⁹⁷ GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. São Paulo: Atlas S.A., 2003. p. 200.

todos os níveis de governo, pois dele derivariam as Leis de Diretrizes Orçamentárias e as Leis Orçamentárias Anuais.⁹⁸

Destarte, o projeto de lei do PPA deve ser encaminhado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, para discussão e aprovação, até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial (31/08) e devolvido para sanção presidencial até o encerramento da sessão legislativa (22/12).⁹⁹

Sua vigência é de quatro anos, sendo que compreende o período entre o início do segundo ano do mandato presidencial e o final do primeiro exercício do mandato subsequente. Apesar de gozar da mesma duração do mandato do Chefe do Executivo, o período em si não coincide com este, seu intuito é dar continuidades aos serviços públicos.¹⁰⁰

2.3.2 A Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO

A lei de diretrizes orçamentárias compreende as metas e as prioridades da administração pública federal, inclusive as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, ademais, orienta a elaboração da lei orçamentária anual, dispõem sobre as alterações na legislação tributária e estabelece a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.¹⁰¹

Para Torres¹⁰², “é simples orientação ou sinalização, de caráter anual, para a feitura do orçamento [...] Não cria direitos subjetivos para terceiros nem tem eficácia fora da relação entre os Poderes do Estado”. É tida como um plano prévio, mas por ter sido transplantada de um sistema parlamentarista não se adaptou facilmente ao presidencialismo brasileiro.¹⁰³

⁹⁸ PEREIRA, José Matias. **Finanças públicas**: a política orçamentária no Brasil. São Paulo: Atlas, 2003. p. 150.

⁹⁹ PORTAL DO ORÇAMENTO. Ciclo orçamentário no Brasil: Plano Plurianual. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.orcamento.org/>>. Acesso em: 30 out. 2009.

¹⁰⁰ GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. São Paulo: Atlas S.A., 2003. p. 203.

¹⁰¹ Inteligência do art. 165, §2º da Constituição Federal, de 1988.

¹⁰² TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. Rio de Janeiro. Renovar, 2002. p. 156.

¹⁰³ A LDO não é lei material, assim não revoga nem retira eficácia de lei tributária ou de qualquer outra que conceda incentivos. Se funda em considerações econômicas e sociais para uma posterior elaboração de proposta orçamentária dos Poderes e do Ministério Público.

A LDO é um instrumento que traz regras de controle de custos e avaliações de resultados, de tal forma que impõe parâmetros e metas quantitativas que permitirão a aferição dos resultados alcançados em contrapartida aos pretendidos.

2.3.3 A Lei Orçamentária Anual - LOA

O orçamento é uno, embora apareça em três documentos distintos – orçamento de investimento das empresas em que a União detenha, direta ou indiretamente, a maioria do capital com direito a voto; orçamento da seguridade social que abrange as receitas e despesas destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, garantidos pela União; e, orçamento fiscal, o qual contém todas as receitas e despesas da União, incluindo os três Poderes, e ainda os fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta – “que se harmonizam e se integram finalisticamente.”¹⁰⁴

A LOA deve ser elaborada de forma compatível com a LDO e o PPA, é peça de quantificação numérica e monetária, que acaba por permitir o controle político pela sociedade, vez que torna possível a verificação das alocações dos recursos públicos.

É, assim, o conjunto, a conexão e a articulação desses três diplomas, de iniciativa – e nos prazos fixados, exclusiva do Poder Executivo, que a LC vai procedimentalizar, dando base e conteúdo normativo às políticas públicas nacionais, realizando, inclusive, posto que parcialmente (limitado aos aspectos orçamentários, financeiros, patrimoniais e operacionais), os planos e metas para a consecução, em sede infraconstitucional e, em dado período, dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.¹⁰⁵

Assim, diante da interdependência dos dispositivos orçamentários, resta nítido que qualquer atuação do “Judiciário nas ações individuais de saúde terá repercussão direta sobre a alocação de recursos públicos, atingindo, ainda que não intencionalmente, toda a população beneficiada pelo SUS.” Quando diante de situações como essa o administrador público “terá de retirar recursos financeiros de uma determinada área prioritária com intuito de aplicar em outra em cumprimento a decisão judicial”.¹⁰⁶

¹⁰⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **O Orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 157.

¹⁰⁵ LINO, Pedro. **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**: Lei Complementar nº 101/2000. São Paulo: Atlas S.A., 2001. p. 31.

¹⁰⁶ TOFOLLI, José Antonio Dias. **O acesso às prestações de saúde no Brasil**: desafios ao Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Min._Jose_Antonio_Dias_Toffoli_Advogado_Geral_da_Uniao_.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2009.

Da mesma forma, o ex-Procurador Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, em discurso proferido em audiência pública¹⁰⁷ realizada recentemente, compartilha deste entendimento:

[...] Uma decisão judicial em processo em que se pleiteia a prestação de determinada ação de saúde deve sempre levar em conta as pactuações vigentes. Caso contrário, a decisão atentará contra as diretrizes constitucionais do Sistema Único de Saúde, contribuindo para a desorganização do serviço e indo de encontro aos princípios da eficiência e da economicidade.¹⁰⁸

Diante de tantas dificuldades e embates é preciso ter em mente que este não é um problema que assola apenas ao Brasil, mas sim a todas as nações que adotam o direito à saúde como um direito social, como uma prestação, um dever, uma obrigação do Estado. O intuito de se reunir esforços é para garantir a saúde como direito social e não apenas como direito individual.

¹⁰⁷ A Audiência pública foi convocada pelo Ministro Gilmar Mendes, presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), haja vista os inúmeros casos de suspensões de liminares, suspensões de tutelas antecipadas e suspensões de segurança ajuizadas. A audiência foi realizada entre os dias 27 a 29 de abril, e 4 a 7 de maio de 2009, sendo que na ocasião foram ouvidos aproximadamente 50 (cinquenta) especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde.

¹⁰⁸ SOUZA, Antonio Fernando Barros e Silva de. **O acesso às prestações de saúde no Brasil : desafios ao Poder Judiciário**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Dr._Antonio_Fernando_Barros_e_Silva_de_Souza___ProcuradorGeral_da_Republica_.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2009.

3 AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

3.1 O Sistema Único de Saúde – SUS¹⁰⁹

Atualmente um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo se ampara em um conceito ampliado de saúde garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população. É uma “política pública de saúde que visa à integralidade, à universalidade, ao aumento da equidade e à incorporação de novas tecnologias e especialização dos saberes.”¹¹⁰

O SUS foi criado em 1988 pela Constituição Federal, de modo a oferecer não apenas consultas, exames e internações, mas, também, a promover campanhas - como as de vacinação - e ações de prevenção e de vigilância sanitária – como fiscalização de alimentos e registro de medicamentos –, visando alcançar a todos os brasileiros.

Antes da criação do SUS não se percebia a saúde como um direito social. O modelo de saúde até então adotado dividia os brasileiros em três classes: aqueles que tinham como pagar por serviços de saúde privados; aqueles que tinham direito à saúde pública por serem segurados pela previdência social (trabalhadores com carteira assinada); e aqueles desprovidos de direito algum. Diante dessa situação, criava-se o SUS para propiciar um atendimento igualitário, além de cuidar e promover a saúde de toda a população do país.

O SUS apresenta ainda como característica importante a possibilidade da participação da sociedade na construção das políticas públicas da saúde no Brasil. Através dessa participação na gestão pública, os cidadãos podem efetivamente intervir na tomada da decisão administrativa, de forma a orientar a Administração a adotar medidas que realmente atendam ao interesse público.

3.1.1 A dimensão do SUS

Como um dos maiores sistemas de saúde do mundo, o SUS conta atualmente com aproximadamente 63.662 unidades ambulatoriais e 5.864 unidades hospitalares desempenhando cerca de 1 bilhão de procedimentos/ano; 11,7 milhões de internações/ano; 1 bilhão de procedimentos de atenção básica; 288 milhões de exames de patologia clínica; 9,3

¹⁰⁹ Dados obtidos na cartilha O SUS de A a Z: garantindo saúde nos municípios. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/sus_3edicao_completo.pdf>. Acesso em: 05 set. 2009.

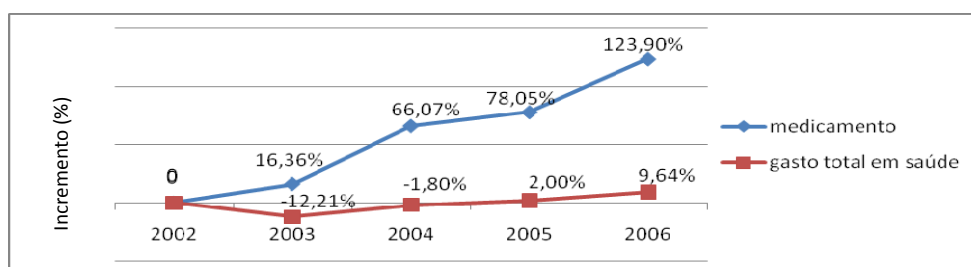
¹¹⁰ Definição extraída do sítio do Ministério da Saúde. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/area.cfm?id_area=1395>. Acesso em: 05 set. 2009.

milhões de exames de ultra-sonografia; 2,3 milhões de partos; 143 milhões de procedimentos de alta complexidade; 8 mil transplantes de órgãos e 97% da oferta de hemodiálise.¹¹¹

Com todo este aparato, importante também verificar o quanto o Estado tem despendido a cada ano em programas de cumprimento de sentença. Numa análise da série histórica dos empenhos realizados pelo Ministério da Saúde¹¹² verifica-se que os valores não apresentam um crescimento linear, mas, nos últimos dois anos esses montantes superaram em aproximadamente 40% e 46%, respectivamente, os gastos médios dos últimos 10 anos.

Outro ponto relevante, merecedor de atenção, refere-se à evolução dos principais gastos do Ministério da Saúde com medicamentos. Aqui sim é possível perceber que os gastos têm aumentado a cada ano. Tamanha elevação tem sido ocasionada não apenas pela inserção de novos medicamentos na lista de fornecimento gratuito, como também pelo aumento das quantidades adquiridas para fazer frente às demandas judiciais, que somente em 2009, no que diz respeito à União foram gastos R\$ 95.388.459,11 (noventa e cinco milhões, trezentos e oitenta e oito mil, quatrocentos e cinquenta e nove reais, e onze centavos), perfazendo 39,56 vezes mais o gasto referente ao ano de 2005¹¹³.

Gráfico 1 - Evolução real do gasto total em saúde e com medicamentos do Ministério da Saúde¹¹⁴



¹¹¹ Dados apresentados no Fórum Regional de Inovação Tecnológica, Inclusão Social e Redes de Cooperação da Região Central do Estado de São Paulo (2008). Disponível em: < http://74.125.47.132/search?q=cache:iny6S8umPEcJ:www.uniemp.org.br/forunsregionais/regioes/regiao02/apresentacoes/2manha/saude/Dirceu_Barbano_GT-Saude.ppt+pol%C3%ADticas+p%C3%BAblicas+de+sa%C3%BAde+e+medicamentos&cd=9&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br > Acesso em: 04 fev. 2010. Desse mesmo estudo é possível extrair que os gastos com saúde aparecem em terceiro lugar dentre os gastos familiares (IBGE); que os medicamentos representam 61% desses gastos para as famílias de baixa renda (FIOCRUZ); que 51,7% das pessoas que necessitam de tratamento tem dificuldades para obter os medicamentos (CONASS); e que cerca de 55% delas não podem pagar os medicamentos de que necessitam (IBGE).

¹¹² Dados fornecidos pelo Departamento de Atenção Especializada do Ministério da Saúde, em consulta realizada por meio eletrônico em 01 mar 2010.

¹¹³ Dado extraído do caderno Política, do Jornal Correio Braziliense, de 22 mar. 2010.

¹¹⁴ Gráfico extraído da dissertação de mestrado de João Maurício Bramabti Sant'Ana (2009), o qual atribui origem deste gráfico a: Vieira SF, Mendes ACR. Evolução dos Gastos do Ministério da Saúde com Medicamentos. Brasília: Ministério da Saúde; 2007.

Luiz Carlos Romero¹¹⁵ realizou importante pesquisa documental, analisando 221 acórdãos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, entre os anos de 2001 a 2005. Apesar de seu estudo comprovar a existência de um “padrão mutável”, um padrão permaneceu imutável, qual seja, o provimento de todas as ações a favor do autor-paciente, e o não-provimento dos apelos, recursos e agravos do réu pela reforma das sentenças.

Tabela 1 - Ações de medicamentos julgadas pelo TJDF, segundo o ano da inicial e a natureza da ação.

<i>Ação \ ano da inicial</i>	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Cautelar	2	4	3	-	2	-	-	-	11
Ordinária	-	3	7	7	2	7	3	-	29
Cominatória	-	-	3	1	-	15	6	25	65
De conhecimento	-	-	-	2	2	4	1	3	12
Civil pública	-	-	-	2	-	2	2	2	8
Mandado de segurança	-	-	-	-	2	17	3	20	61
Outras	-	-	1	-	-	-	1	-	2
Sem informação	-	-	5	1	2	8	4	9	33
Total	2	7	19	13	10	53	20	59	221

Fonte: SIAFI. Sistema Siga Brasil. Senado Federal.

Tabela 2 - Ações de medicamentos julgadas pelo TJDF, segundo a natureza do autor.

<i>Autor</i>	<i>Número</i>	<i>%</i>
Particular	210	95,0
Associação de pacientes	5	2,3
Ministério Público	5	2,3
Sem informação	1	0,4
Total	221	100,0

Fonte: SIAFI. Sistema Siga Brasil. Senado Federal.

Tabela 3 - Ações de medicamentos julgadas pelo TJDF, segundo a natureza do condutor da ação.

<i>Condutor</i>	<i>Número</i>	<i>%</i>
Advogado particular	10	4,5
Defensoria Pública	26	11,8
Ministério Público	9	4,1
Sem informação	176	79,6
Total	221	100,0

Fonte: SIAFI. Sistema Siga Brasil. Senado Federal.

¹¹⁵ ROMERO, Luiz Carlos. **Judicialização das políticas de assistência farmacêutica: o caso do Distrito Federal.** Consultoria Legislativa do Senado Federal. Textos para discussão 41. Brasília: maio, 2008. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/96829>>. Acesso em: 20 mar. 2010.

Tabela 4 - Ações de medicamentos julgadas pelo TJDF, segundo o serviço de saúde em que o autor estava sendo atendido.

<i>Serviço</i>	<i>Número</i>	<i>%</i>
Rede da Secretaria de Saúde e Fundação Hospitalar do DF	83	37,6
Hospital Universitário de Brasília	8	3,6
Hospital das Forças Armadas	3	1,3
Hospital Sarah	3	1,3
Policlínica da Polícia Militar	1	0,5
Particular	26	11,8
Plano de saúde	6*	2,7
Sem informação	91	41,2
Total	221	100,0

Fonte: SIAFI. Sistema Siga Brasil. Senado Federal.

3.1.2 A legislação do Sistema Único de Saúde – SUS

3.1.2.1 Na Constituição Federal

A Carta Maior trata na seção II, do Capítulo II, do Título VIII, nos artigos 196 a 200, a questão da saúde. Estabelece não apenas que a saúde é um direito de todos, mas também que é dever do Estado garanti-la por meio de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença, e de outros agravos, garantindo acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.¹¹⁶

Por ser tema de relevância pública, a disposição de sua regulamentação, fiscalização e controle cabem ao Poder Público, sendo que sua execução pode ser feita diretamente, ou por intermédio de terceiros, quer seja pessoa física ou jurídica de direito privado. Além disso, suas ações e serviços públicos integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único que se rege observando a descentralização, com direção única em cada esfera de governo; o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e a participação da comunidade.¹¹⁷

¹¹⁶ BRASIL Constituição Federal da República do Brasil. Título VIII, Capítulo II, Seção II - Da Saúde. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

¹¹⁷ BRASIL. Constituição Federal da República do Brasil. Título VIII, Capítulo II, Seção II - Da Saúde. Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

As fontes de financiamento e as formas dos cálculos se fazem presentes nos parágrafos do artigo 198, alterado pela Emenda nº 29 de 2000, e pela Emenda nº 51 de 2006, enquanto que o artigo 199 trata da iniciativa privada – vedando a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos, e vedando a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

Por fim, a Carta Magna, em seu artigo 200, elenca inúmeras competências do SUS, entre outras: controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

3.1.2.2 Na Lei Orgânica da Saúde

A Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, regulamenta o dispositivo previsto na Carta Magna, dispondo sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, tendo sofrido alterações pelas Leis 9.836, de 23 de setembro de 1999, 11.108, de 07 de abril de 2005, e 10.424, de 15 de abril de 2006.

De modo geral, a Lei Orgânica da Saúde traz em seu bojo o entendimento de que a saúde é um direito fundamental do ser humano, ficando o Estado incumbido de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício, reforçando a idéia trazida no texto constitucional de tratar-se da formulação e execução de políticas econômicas e sociais que

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.¹¹⁸

Importante ressaltar que a Lei deixa clara a idéia de que o dever do Estado não exclui o dever das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. E que a saúde, como bem fundamental, tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, e, também, aquelas ações que se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Seus objetivos, atribuições, diretrizes, princípios, competências, organização, gestão, financiamento, enfim, tudo é abordado de modo a garantir a efetiva implementação do Sistema Único de Saúde vislumbrado na Carta Magna. Nesse amplo espectro de atividades tem-se que a formulação das políticas de fornecimento de medicamentos é apenas uma das inúmeras incumbências do Estado.

3.2 Fontes de financiamento

A Constituição Federal da República do Brasil em seu art. 198, § 1º, ordena que o SUS seja financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Já no parágrafo seguinte garante que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos.¹¹⁹

Em se tratando da União, esses recursos mínimos derivam da aplicação de percentuais calculados sobre o previsto na Lei Orgânica da Saúde, a qual traz em seu art. 31 a orientação de que o orçamento da seguridade social, com base na estimativa da receita, destinará ao SUS os recursos necessários à consecução de seus objetivos, previstos na proposta elaborada pela sua direção nacional, a qual conta com a participação dos órgãos da Previdência

¹¹⁸ CONASS. **Legislação do SUS**. Disponível em: <<http://www.conass.org.br/arquivos/file/legislacaodosus.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2009.

¹¹⁹ Considerando as leis de diretrizes editadas após a Emenda Constitucional 29, de 13 de setembro de 2000, a definição do que vem a ser “ações e serviços públicos de saúde” passava a ser “a totalidade de dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.” (redação constante do art. 55, § 2º da PLDO/2004).

Social e da Assistência Social, haja vista as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Quando se tratar dos Estados e Distrito Federal, tal percentual recairá sobre o produto da arrecadação dos impostos previstos no art. 155 da Constituição Federal, quais sejam, o de transmissão *causa mortis* e doação (ITCMD), de quaisquer bens ou direitos, operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior (ICMS), propriedade de veículos automotores (IPVA); e, ainda, dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos Municípios, ou seja, sobre os fundos de participação oriundos de recolhimentos de Imposto de Renda.

A Lei Orgânica da Saúde além de prever outras fontes de financiamento, art. 32¹²⁰, também define como se dará a gestão financeira desses recursos, estabelecendo os valores a serem transferidos a Estados, Distrito Federal e Municípios, se utilizando, segundo análise técnica de programas e projetos, de combinações de alguns critérios como: perfil demográfico da região; perfil epidemiológico da população a ser coberta; características quantitativas e qualitativas da rede de saúde na área; desempenho técnico, econômico e financeiro no período anterior; níveis de participação do setor saúde nos orçamentos estaduais

¹²⁰ Art. 32. São considerados de outras fontes os recursos provenientes de:

I - (Vetado)

II - serviços que possam ser prestados sem prejuízo da assistência à saúde;

III - ajuda contribuições, doações e donativos;

IV - alienações patrimoniais e rendimentos de capital;

V - taxas, multas, emolumentos e preços públicos arrecadados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS); e

VI - rendas eventuais, inclusive comerciais e industriais.

§ 1º. Ao Sistema Único de Saúde (SUS) caberá metade da receita de que trata o inciso I deste artigo, apurada mensalmente, a qual será destinada à recuperação de viciados.

§ 2º. As receitas geradas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) serão creditadas diretamente em contas especiais, movimentadas pela sua direção, na esfera de poder onde forem arrecadadas.

§ 3º. As ações de saneamento que venham a ser executadas supletivamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS) serão financiadas por recursos tarifários específicos e outros da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e, em particular, do Sistema Financeiro da Habitação (SFH).

§ 4º. (Vetado).

§ 5º. As atividades de pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico em saúde serão co-financiadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), pelas universidades e pelo orçamento fiscal, além de recursos de instituições de fomento e financiamento ou de origem externa e receita própria das instituições executoras.

§ 6º. (Vetado).

e municipais; previsão do plano quinquenal de investimentos da rede; ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo.¹²¹

Adquirir essa macro visão acerca do SUS torna nítido que qualquer condenação do Estado ao pagamento de uma despesa não prevista acarreta um efeito dominó na gestão financeira, pois fatalmente irá proporcionar uma mudança na execução, e, conseqüentemente, essa frustração do planejamento atingirá àquele cidadão que participou da elaboração do plano e esperava veementemente pela sua implementação.

3.3 Política nacional de medicamentos¹²²

A Política Nacional de Medicamentos é parte integrante da Política Nacional de Saúde. É elemento de extrema relevância para a efetiva implementação das ações que visam promover a melhoria das condições da assistência à saúde da população, conforme previsto na Lei 8.080/90, em seu artigo 6º.

Garantir segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais figuram entre seus principais propósitos. Sendo que, para tanto, os gestores do SUS, nas três esferas de Governo, atuam em parceria, concentrando esforços e se balizando pelas seguintes diretrizes: a adoção de uma relação de medicamentos essenciais, assim entendidos aqueles produtos básicos e indispensáveis ao atendimento da maioria dos problemas de saúde da população¹²³; a regulamentação sanitária de medicamentos¹²⁴; a reorientação da assistência farmacêutica, de tal sorte que esta não se restrinja à aquisição e à distribuição de medicamentos¹²⁵; a promoção do

¹²¹ Art. 35, da Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990.

¹²² BRASIL. Ministério da Saúde. **Política Nacional de Medicamentos**. Disponível em: <<http://www.uff.br/ppgcaps/Texto%204.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2009.

¹²³ Conforme Política Nacional de Medicamentos, série C, nº 25, do Ministério da Saúde, p. 13, tais “produtos devem estar continuamente disponíveis aos segmentos da sociedade que deles necessitem, nas formas farmacêuticas apropriadas, e compõem uma relação nacional de referência que servirá de base para o direcionamento da produção farmacêutica e para o desenvolvimento científico e tecnológico, bem como para a definição de listas de medicamentos essenciais nos âmbitos estadual e municipal, que deverão ser estabelecidas com o apoio do gestor federal e segundo a situação epidemiológica respectiva.”

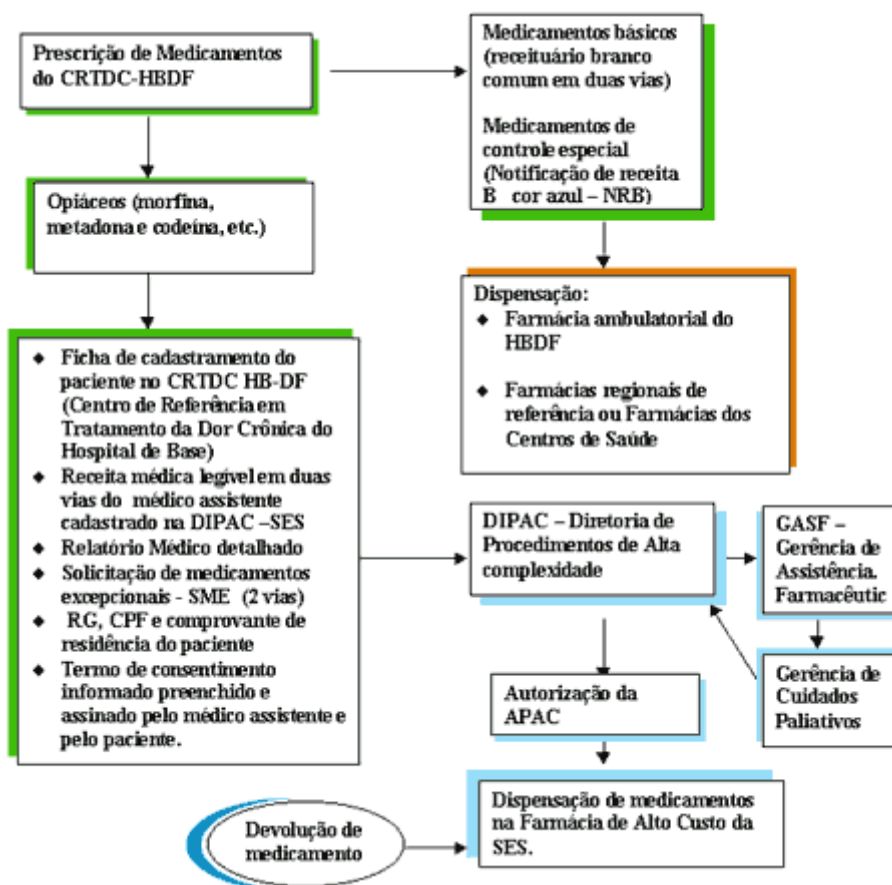
¹²⁴ Conforme Política Nacional de Medicamentos, série C, nº 25, do Ministério da Saúde, p. 14, tal regulamentação abarca “as questões relativas ao registro de medicamentos e à autorização para o funcionamento de empresas e estabelecimentos, bem como as restrições e eliminações de produtos que venham a revelar-se inadequados ao uso, na conformidade das informações decorrentes da farmacovigilância.”

¹²⁵ Conforme Política Nacional de Medicamentos, série C, nº 25, do Ministério da Saúde, p. 15, “a assistência farmacêutica no SUS [...] englobará as atividades de seleção, programação, aquisição, armazenamento e distribuição, controle da qualidade e utilização – nesta compreendida a prescrição e a dispensação – o que deverá favorecer a permanente disponibilidade dos produtos segundo as necessidades da população, identificadas com base em critérios epidemiológicos”.

uso racional do medicamento; o desenvolvimento científico e tecnológico; a promoção de produção de medicamentos; a garantia de segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos; e, por fim, mas tão importante quanto, o desenvolvimento e capacitação de recursos humanos.

Especificamente quanto à questão do fornecimento de medicamentos, no Distrito Federal, a Portaria nº 144 REME-DF, de 23 de dezembro de 2005 - atualmente com 674 medicamentos - elaborou a versão final consolidada da Relação de Medicamentos, levando em consideração a necessidade de baseá-la “nos critérios de racionalidade e custos conforme preconizado pela Organização Pan-Americana de Saúde e Organização Mundial de Saúde,” de forma a obedecer a rigorosos critérios de inclusão, exclusão e restrição definidos pela Comissão de Farmácia e Terapêutica da Secretaria de Estado da Saúde do DF.¹²⁶

Figura 1 - Fluxo de Solicitação, Recebimento, Dispensação e Devolução de Opióides e seu Controle¹²⁷



¹²⁶ BRASIL. Secretaria da Saúde. **Portaria nº 144 REME-DF e Lista de Medicamentos**. Disponível em: <<http://www.saude.df.gov.br/>>. Acesso em: 03 fev. 2010.

¹²⁷ BRASIL. Secretaria de Estado da Saúde. Disponível em: <http://www.saude.df.gov.br/003/00301009.asp?ttCD_CHAVE=23061>. Acesso em 23 jan. 2010.

3.4 O impacto das condenações nas políticas de medicamentos

A ingerência do direito na economia é nítida, haja vista que instrumentos jurídicos permeiam o cotidiano dos fatos que criam o objeto desta ciência. Limites objetivos são criados para todos os atuantes de todas as esferas: para o legislador quando este legisla, para o governante quando executa, e para o julgador quando julga, sendo que neste último caso, a atenção se volta para a seguinte questão:

Como uma decisão judicial pode vir a gerar benefícios ou prejuízos econômicos a um determinado indivíduo ou grupo de indivíduos, e que critérios, além do puramente técnico-jurídico, deve o julgador avaliar para que seu julgado atinja o máximo de eficiência na busca do resultado pretendido pela Constituição e seus princípios.¹²⁸

Face a este entendimento POSNER¹²⁹ crê que a crítica ao enfoque econômico sobre o direito se dá porque este se esquece da justiça – em sua concepção distributiva - pois, dar preferência aos interesses daqueles que se encontram numa situação pior, seria como violar o princípio adotado por praticamente todos os economistas modernos que afirmam que as comparações interpessoais de utilidade são arbitrárias”.¹³⁰

5. A Lei 8.437/92, em seu art. 4º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão de execução de liminar para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados "(...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...)" (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de

¹²⁸ CASTRO, José Augusto Dias de. A questão do direito fundamental à saúde sob a ótica da análise econômica do direito. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 21, p. 150-152, jan./mar. 2008.

¹²⁹ POSNER, Richard. A. **El análisis económico del derecho**. México: Fondo Del Cultura Económica, 2000. p.32.

¹³⁰ Tradução livre da autora. O texto original apresenta-se como se segue: “*dar preferencia a los intereses de quienes se encuentran en la peor situación parecería violar el principio suscrito prácticamente por todos los economistas modernos en el sentido de que las comparaciones interpersonales de la utilidad (felicidad) son arbitrarias.*”

serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, a tutela concedida atinge, por sua amplitude, esferas de competência distintas, sem observar a repartição de atribuições decorrentes da descentralização do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 198 da Constituição Federal. Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (fl. 59). É que, conforme asseverou em suas razões, "(...) a ação contempla medicamentos que estão fora da Portaria n.º 1.318 e, portanto, não são da responsabilidade do Estado, mas do Município de Maceió, (...)" (fl. 07), razão pela qual seu pedido é para que se suspenda a "(...) execução da antecipação de tutela, no que se refere aos medicamentos não constantes na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde, ou subsidiariamente, restringindo a execução aos medicamentos especificamente indicados na inicial, (...)" (fl. 11).

6. Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido para suspender a execução da antecipação de tutela, tão somente para limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do Estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde.¹³¹

E, assim é que surge um dos primados da questão da análise econômica do direito, qual seja, “o limite da efetivação dos direitos criado pela ‘reserva do possível’, segundo o qual um direito só é um direito na medida da possibilidade de sua efetivação. A disponibilidade de recursos para satisfazê-lo faz parte do próprio conceito de direito.”¹³²

No entanto, não basta demonstrar o déficit do governo para que o Judiciário deixe de condenar. “O argumento puramente econômico não pode prevalecer, embora deva sempre ser levado em conta”, principalmente quando o que está em jogo é a saúde. Nesse caso, não há que se falar em escolha trágica, é direito superior a todos os outros, de todos é o que mais está em consonância com a ideia de vida, mas ainda assim, deve ser observado sob o prisma da razoabilidade.¹³³

De fato, “o Estado tenta empregar à questão do fornecimento de medicamento a eficiência e a racionalidade” instituindo, para tanto, exigências relativas aos medicamentos a serem fornecidos e suas comprovações técnicas de eficiência, da mesma forma

¹³¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STA 91, RDDP n. 50, 2007. Ementa: [...] Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgado 26.02.2007. DJ de 05.03.2007, p. 165-167. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000002928&base=basePresidencia>>. Acesso em: 12 mar. 2010.

¹³² CASTRO, José Augusto Dias de. A questão do direito fundamental à saúde sob a ótica da análise econômica do direito. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 21, p. 152, jan./mar. 2008.

¹³³ Ibidem, p. 152-154.

age quando realiza licitações para aquisição ordenada e em escala, o que permite melhores condições.¹³⁴

Cada vez mais as pessoas estão recorrendo ao Judiciário para conseguir os medicamentos necessários ao tratamento de suas enfermidades¹³⁵. Tal fato se deve pela atenção que tem sido desviada ao assunto. A convocação de audiência pública pelo Ministro Presidente Gilmar Mendes no ano de 2009, bem como o resultado da sessão de julgamento do dia 17 de março de 2010¹³⁶ serviram para assentar a responsabilidade do Poder Público em custear medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de enfermidades graves, que já vinha sendo deferida pelos juízes de primeiro grau.

CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E INSUMOS. PRELIMINARES. AFASTADAS. SAÚDE. POLÍTICAS PÚBLICAS. ATENDIMENTO INTEGRAL. RESERVA DO POSSÍVEL.

1. Resta evidente o interesse de agir quando há necessidade de uso de medicamento pelo Requerente e o Estado não o fornece de modo contínuo, e independentemente de ordem judicial, embora tenha obrigação. [...]

3. A saúde constitui dever do Estado, que tem obrigação de implementar políticas sociais e econômicas que reduzam os riscos de doença e de outros agravos, bem como assegurar o seu acesso universal e igualitário, nos termos do artigo 196 da Constituição Federal e artigo 204 da Lei Orgânica do Distrito Federal. A Carta Política estabeleceu, ainda, que compete ao ente público o atendimento integral a saúde, conforme artigo 198, inciso II.

4. O Estado só pode se escusar de comando constitucional se comprovada a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, o que não restou demonstrada nos autos.

5. Apelo e reexame necessário não providos.¹³⁷

[...]

PROCESSO CIVIL. AÇÃO COMINATÓRIA. DOENÇA. MEDICAÇÃO. FORNECIMENTO PELO GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL. OBRIGATORIEDADE. ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 207 DA LEI ORGÂNICA DO DF. RECURSO DESPROVIDO. CUSTAS PROCESSUAIS - DECRETO-LEI Nº 500/69 - ISENÇÃO - REMESSA

¹³⁴ CASTRO, José Augusto Dias de. A questão do direito fundamental à saúde sob a ótica da análise econômica do direito. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 21, p. 154, jan./mar. 2008.

¹³⁵ De acordo com dados obtidos por consulta à Coordenadoria de Gestão da Informação do STJ em 15 out. 2009, foram autuados sob o assunto “Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público/serviços/saúde/tratamento médico hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos” o total de 1638 processo em 2006, 1417 em 2007, 2159 em 2008, e 1437 em 2009 (até 15/10).

¹³⁶ Foram indeferidos todos os nove pedidos de suspensão de segurança, suspensão de tutela antecipada e suspensão de liminar em pauta, firmando o entendimento de que o Poder Público deve sim custear medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves.

¹³⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. 1ª Turma Cível. 20060110679118APC. Ementa: [...] Relator: Flavio Rostirola. Julgado em 16.09.2009. DJ de 28.09.2009, p. 91. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?DOCNUM=4&PGATU=1&l=20&ID=61656,41859,14711&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT>>. Acesso em: 22 out. 2009.

OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDA. A Carta Magna garante aos cidadãos acesso universal e igualitário às ações e serviços a fim de promover, proteger e recuperar a saúde, por ser ela direito de todos e dever do Estado. Não podem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios eximir-se de fornecer medicamento a paciente que se trata pela rede pública. Caso a Administração não cumpra o seu mister, faculta-se ao administrado submeter a apreciação de tal lesão ao Poder Judiciário. O provimento judicial que concorre para a satisfação do direito à saúde não constitui ofensa à discricionariedade do Administrador, tampouco viola o princípio da separação de poderes. Não há que se levar em consideração as questões de suposta ingerência ou infringência aos Princípios da Impessoalidade e Isonomia, pois o Poder Judiciário não está a compelir o Poder Executivo Local a executar tarefa atípica ou ilegal; mas apenas aplicando o direito posto. Inexiste violação aos princípios da isonomia e impessoalidade quando devidamente comprovado ser especial a situação do jurisdicionado, necessitando de medicamentos para o tratamento de sua saúde. A cláusula da reserva do possível não pode ser aposta como obstáculo à concretização do direito subjetivo à saúde. O direito integra o núcleo mínimo necessário à satisfação do princípio da dignidade humana e merece ser privilegiado. O direito à saúde também não pode ser desprestigiado ante a alegação de que o medicamento necessário à sua satisfação não é padronizado ou não integra o protocolo de práticas médicas.¹³⁸

[...]

CONSTITUCIONAL. AÇÃO COMINATÓRIA. FORNECIMENTO DE FRALDAS GERIÁTRICAS. IDOSO. DOENÇA GRAVE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO DE PRESTAR ASSISTÊNCIA MÉDICA. OFENSA À SEPARAÇÃO DOS PODERES E AO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. NÃO OCORRÊNCIA. PRODUTO QUE NÃO CONSTA DO ROL DE MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS. IRRELEVÂNCIA. 1.O Distrito Federal tem o dever de arcar com o ônus do fornecimento de materiais a pacientes enfermos, nos termos do art. 196 da Constituição Federal e do art. 207 da Lei Orgânica do Distrito Federal. 2.Não há violação ao princípio da separação dos poderes a cominação ao Poder Público da obrigação de fornecer medicamentos ou produtos farmacêuticos, na medida em que, em tais hipóteses, o Judiciário limita-se a examinar a matéria sob a ótica da legalidade. 3.Aplica-se o princípio da reserva do possível somente em situações excepcionais, desde que o ente público demonstre de forma objetiva a impossibilidade ou a incapacidade econômico-financeira de fornecer o tratamento pleiteado. 4. A ausência do produto farmacêutico requerido no rol de medicamentos excepcionais (alto custo), não exonera o Distrito Federal da sua obrigação de fornecê-lo a paciente que demonstre a real necessidade de sua utilização, em face de grave doença de caráter irreversível. 5.Apelação Cível e Remessa de Ofício conhecidas e não providas.¹³⁹

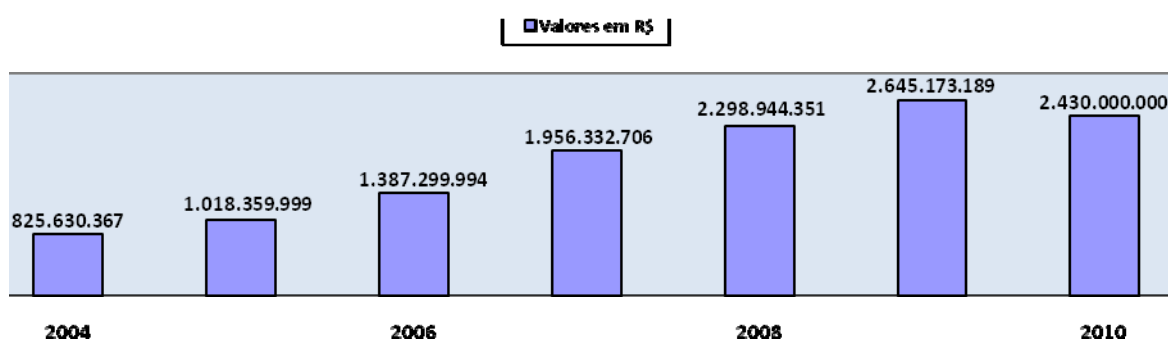
Segundo levantamento realizado junto ao Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão, a LOA não apresenta um elemento de despesa específico para englobar

¹³⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. 1ª Turma Cível. 20070110682686APC. Ementa: [...] Relator: Lécio Resende. Julgado em 16.09.2009, DJ 28/09/2009, p. 93.

¹³⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. 3ª Turma Cível. 20070110586585APC. Ementa: [...] Relatora: Nídia Corrêa Lima. Julgado em 09.09.2009, DJ 17.09.2009, p. 119.

todas as ações que fazem frente às sentenças judiciais que condenam o Estado – neste caso a União - ao fornecimento de medicamentos, mas, de modo geral, a maioria¹⁴⁰ dos gastos com esse propósito é proveniente da ação denominada Apoio para Aquisição e Distribuição de Medicamentos Excepcionais (4705), existente dentro do programa Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos (1293).

Gráfico 2 - Valores em reais empenhados na ação 4705¹⁴¹



No entanto, é preciso atentar ao fato que este elemento de despesa é apenas uma das diversas fontes que o Estado se utiliza para atender às demandas judiciais, cujo objeto é o fornecimento de medicamentos. União, Estados, Municípios e o Distrito Federal ainda não dispõem de um sistema integrado capaz de levantar o montante total dos gastos dessa natureza. Manter o sistema de gestão como se encontra atualmente é não permitir o acesso a uma informação essencial que evidenciaria a necessidade de adequação do sistema de saúde à demanda da sociedade brasileira.

Mister se faz possuir todas as informações para que se possa avaliar melhor as ações necessárias ao melhor atendimento do texto constitucional. Normalmente se costuma inferir que o benefício auferido pela população com a distribuição de medicamentos seja menor do que poderia ser obtido com a aplicação destes mesmos recursos em outras políticas de saúde pública, como ocorreu no caso do Estado do Rio de Janeiro, que em 2007, gastou R\$ 240.621.568,00 com assistência farmacêutica, montante bem superior aos R\$ 102.960.276,00

¹⁴⁰ Diz-se maioria porque se condenado ao pagamento, não há para o Estado a possibilidade de não cumprir a obrigação imposta pelo Judiciário, assim, para honrar tal obrigação a União retira de outra ação ou até mesmo outro programa, para fazer frente à essa despesa imprevista. Tal *modus operandi* dificulta o alcance de um panorama real sobre a situação das condenações.

¹⁴¹ Dados fornecidos pela Secretaria de Orçamento Federal do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, em consulta realizada em 02 mar 2010. O valor referente a 2010 representa o valor orçado para o ano.

investidos em saneamento básico, sendo que um maior investimento neste seria significativamente mais efetivo que aquele no que se refere à promoção da saúde.¹⁴²

Ao intérprete cabe a função de buscar alternativas que otimizem os direitos constitucionais e as políticas públicas existentes. A posição majoritária atual do Poder Judiciário na interpretação do direito à saúde demonstra a desconsideração de determinados pontos do direito derivado a prestação e também de certos princípios originais, o que vem levando a sérias distorções no reconhecimento do próprio Sistema Único de Saúde.¹⁴³

A intenção das políticas de saúde é de reduzir as desigualdades econômicas e sociais, mas com o Judiciário assumindo o “papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial”. O fato de o Poder Judiciário poder determinar a entrega gratuita de medicamentos acaba mais a atender à classe média do que aos pobres, o Governo acaba transferindo recursos, que seriam dispensados aos programas institucionalizados, para atender o cumprimento de demandas judiciais proferidas, na sua maioria, em benefício da classe média.¹⁴⁴

O fato é que o direito social à saúde exige que os intérpretes aprofundem seus estudos na área de interpretação do Direito Constitucional, levando em conta a multidisciplinariedade compartilhada com o Direito Sanitário, e no que se refere ao Direito Administrativo “urge compreender as características e o processo de formação das políticas públicas de forma científica.”¹⁴⁵

O desafio do Estado Social de Direito é justamente o de tentar mudar o “clássico pensamento do juiz voltado para a justiça comutativa e colocá-lo em um papel ativo para ponderar interesses divergentes e balancear direitos e deveres do sistema social, segundo os patamares fixados pelos Poderes Legislativo e Executivo.”¹⁴⁶

¹⁴² BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicilização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹⁴³ WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. O Direito Social e o Direito Público Subjetivo À Saúde: o desafio de compreender um direito com duas faces. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n. 2, p.101, jul./out. 2008.

¹⁴⁴ BARROSO, op. cit., p. 895.

¹⁴⁵ WERNER, op. cit., p. 102.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 127.

No momento em que o Poder Judiciário passa a não se interessar pelas políticas públicas estabelecidas, desconsiderando-as quanto ao conteúdo, extensão e modo de proceder do SUS, caracteriza-se a ruptura do sistema da tripartição dos poderes, justamente por violar a estabilidade das regras do jogo pré-fixadas. Rompem-se os sistemas de legitimação, responsabilidade, controle e sanção. O poder é único. A repartição funcional dos Poderes implica em compartilhar funções e estabelecer projetos únicos, com cada subsistema de poder agindo para o mesmo fim e não um contra, ou sobrepondo-se, ao outro.¹⁴⁷

O novo desafio é estabelecer uma linguagem comum, e, para tanto, o Poder Judiciário, ciente da necessidade de implementar mudanças para melhor atender ao problema da saúde, começa a dar os primeiros passos em busca de uma solução. Em fevereiro de 2009, o Conselho Nacional de Justiça criou um grupo de trabalho com o intuito de propiciar mecanismos que pudessem prevenir litígios e adequar a gestão de processos em tramitação na área de saúde. A intenção era se utilizar do resultado da audiência pública que realizar-se-ia em abril e maio quando seriam ouvidos mais de 50 especialistas.

Queremos colher sugestões para adequar os procedimentos e que a jurisdicionalização na área possa servir para a implantação de políticas públicas e até mesmo de leis adequadas que atendam o cidadão e auxiliem os juízes e promotores", disse o ministro. E completou: "Muitas vezes a execução não é perfeita e a repercussão se revela insatisfatória por causa do desconhecimento técnico necessário por parte dos juízes".¹⁴⁸

Efetivamente a audiência pública ocorreu e, mais recentemente, na 96ª sessão plenária do CNJ o presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o ministro Gilmar Mendes assinou um acordo de cooperação técnica com o intuito de reduzir o número de processos que tramitam na Justiça relacionados a esse assunto, afirmando que apesar da judicialização ser um direito da sociedade, esta "deve ser feita dentro de condições mais racionais."¹⁴⁹

Ninguém nega o direito universal à saúde, mas também é inegável que a prestação do serviço individual pode tumultuar uma política de saúde, afirmou o presidente do CNJ. [...] Por isso, há necessidade de termos ações integradas

¹⁴⁷ WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. O Direito Social e o Direito Público Subjetivo À Saúde: o desafio de compreender um direito com duas faces. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 128, jul./out. 2008.

¹⁴⁸ MENDES, Gilmar. **CNJ estuda medidas para ajudar juízes em demandas de saúde**. Entrevista. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=9525:cnj-estuda-medidas-para-ajudar-juizes-em-demandas-de-saude&catid=1:notas&Itemid=L675>. Acesso em: 15 dez. 2009.

¹⁴⁹ Ibidem.

dos vários órgãos para que o sistema de saúde tenha plenas condições de fazer essas seleções com justiça.¹⁵⁰

As providências estão sendo tomadas, mas por envolver uma estrutura complexa, por mais urgente que sejam as soluções, não é possível atropelar etapas. Antes de tudo é preciso garantir e preservar o Estado Democrático de Direito.

¹⁵⁰ MENDES, Gilmar. **CNJ estuda medidas para ajudar juízes em demandas de saúde**. Entrevista. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=9525:cnj-estuda-medidas-para-ajudar-juizes-em-demandas-de-saude&catid=1:notas&Itemid=L675>. Acesso em: 15 dez. 2009.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

4.1 Contextualização

A discussão sobre a judicialização das políticas públicas¹⁵¹ não é recente, suas raízes podem ser identificadas desde o conflito de opiniões sobre o papel da Constituição, um impasse que vem sendo travado entre aqueles que afirmam que a Constituição é um documento estritamente político, que reflete os fatores reais de poder de uma nação, e aqueles que a consideram um documento jurídico que impõe valores que devem ser buscados pelos países em suas trajetórias de evolução.¹⁵²

Essa divergência de entendimentos acerca da substância da Constituição num Estado Democrático traz à tona a necessidade de uma análise jurídico-política em relação à atividade judicial. É certo que os membros do Poder Legislativo são eleitos pela comunidade para concretizar políticas públicas, e para tanto orientam suas atividades tendo como elementos norteadores os princípios de política. Diferentemente, os juízes se pautam por princípios jurídicos, e somente quando eles “interpretam o cenário jurídico de uma determinada comunidade, de modo a resguardar os princípios maiores que a regem, com especial ênfase na liberdade” é que propicia um ambiente adequado para que a democracia funcione.¹⁵³

Assim, a transferência das questões políticas para o ambiente judicial é mero sintoma da democracia. No entanto, para que as decisões judiciais sejam legítimas têm de se apoiar na racionalidade, cabendo ao juiz utilizar-se da interpretação para resolver essas questões de índole política.¹⁵⁴

Diante desse contexto, o constitucionalismo ganha relevância, vez que se torna aparato de sustentação das atuais democracias. Ressalta-se, ainda, que tal “constitucionalismo tem de perceber os novos movimentos político-sociais, [...] especialmente

¹⁵¹“Por política estatal – ou políticas públicas – entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com as metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado.” CANELA JUNIOR *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, ano 11, n. 42, p. 15, out./dez. 2008.

¹⁵² APPIO, Eduardo. A judicialização da política em Dworkin. **Revista Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, v. 36, n. 98, p. 115-131, set./dez. 2003.

¹⁵³ Ibidem, p. 123.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 115-131.

o fenômeno da globalização. [...] Curiosamente, quando tudo é globalizado, o indivíduo é quem ganha espaço, em detrimento do cidadão.”¹⁵⁵

Nesse diapasão, tendo a globalização como pano de fundo, o controle de constitucionalidade das normas reforça seu valor como “pressuposto essencial à sustentação do ordenamento”, pois nele o direito se torna um “modo de apaziguar o sofrimento do indivíduo do século XXI, que reclama por justiça numa democracia desencantada”.¹⁵⁶

Nesse momento, é de suma importância manter em mente que a idéia de Estado Democrático de Direito, consagrada no art. 1º da Constituição brasileira, abarca dois conceitos muito próximos, mas que não se confundem: os de constitucionalismo e de democracia. Por constitucionalismo tem-se o respeito aos direitos fundamentais, e por democracia, entende-se soberania popular e governo da maioria. E o que vem acontecendo é que a maioria política tem vulnerado os direitos fundamentais, restando ao Judiciário apenas uma medida - agir.¹⁵⁷

E é sob esse enfoque que se chega ao ponto crucial do debate, não se trata de uma “colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito a vida e a saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática”. De fato o que se está sob análise, na complexa ponderação a ser realizada é o direito a vida e a saúde de uns versus o direito a vida e a saúde de outros.¹⁵⁸

4.2 Políticas públicas como componente político

Antes de se começar a discorrer acerca do tema da judicialização das políticas públicas é preciso ter em mente que uma política pública compreende “o conjunto das decisões e ações relativas à alocação imperativa de valores.”¹⁵⁹ Trata-se do resultado de um

¹⁵⁵ LUNELLI, Carlos Alberto. Judicialização da política, processo constitucional e legitimação para agir no controle abstrato de constitucionalidade. **Revista Faculdade de Direito**, Caxias do Sul, n. 15, p. 26, 2005.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 26-27.

¹⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 875-904.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 875-904.

¹⁵⁹ RUA, Maria das Graças. **Análise de Política Públicas: Conceitos Básicos**. Disponível em: <http://vsites.unb.br/ceam/webceam/nucleos/omni/observa/downloads/pol_publicas.PDF>. Acesso em: 15 jan. 2010.

“processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição de interesses públicos reconhecidos pelo direito.”¹⁶⁰ Assim, não é algo pronto ou acabado, pelo contrário, é um ciclo que se retroalimenta, uma agenda do governo em constante aperfeiçoamento.

Diante deste entendimento torna-se nítida a compreensão de que o juiz não é um engenheiro social que compreende e desenha políticas públicas, ele carece de instrumentos, mas por não poder deixar o problema social sem resposta, acaba por acomodar preferências diferentes, ambas protegidas pela Constituição. Desse modo, quando o Poder Judiciário é chamado a resolver a contenda no caso concreto individual, e suas decisões acabam por refletir no plano do coletivo, percebe-se uma sensação de injustiça, que passa a ser encarada como se fosse um privilégio, pois essa eficácia inter partes não se aplica a todo o universo social.¹⁶¹

A intenção não é criticar as ineficiências geradas pelo aparelho judiciário em relação à economia nacional quando este tenta resolver os déficits democráticos, mas trazer a atenção para o posicionamento dos juízes como atores políticos. Sob esta ótica, a ação judiciária é posta num “contexto de desenvolvimento incompleto e de necessidade de atração de investimentos” sendo que em função de sua “morosidade e a ineficiência” acabam travancando o desenvolvimento.¹⁶²

Imprescindível à todo momento manter em mente que o direito é uma “organização e um operador, uma actividade instrumentalmente estratégica e decisória com uma intenção regulativa da vida histórico-social em termos finalisticamente planificados e programados com vista a obter com ele certos resultados/efeitos sociais”. É senão um “instrumento de uma prática social ao serviço de objectivos sociais os mais diversos e em si não jurídicos (mas políticos, sociais em sentido estrito, económicos).”¹⁶³

¹⁶⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 264.

¹⁶¹ VERSÍSSIMO, Marcos Paulo. **A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988**. 2006. 264f. Tese (Doutorado) – Programa de pós- graduação latu sensu da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2006

¹⁶² Ibidem. p. 13-14.

¹⁶³ NEVES, António Castanheira. **Teoria do Direito: Apontamentos Complementares de Teoria do Direito (Sumários e Textos)**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998. p. 160.

Desta feita, é possível encarar o direito e a política como faces de uma mesma moeda, “são subsistemas cientificamente diferenciáveis daquele mesmo complexo social de ações que se propõe a direcção de comportamento dentro do grupo social”.¹⁶⁴

4.3 Judicialização das políticas vs. politização da justiça

A “judicialização da política” e a “politização da justiça” são expressões correlatas que apontam os efeitos do expansionismo do Judiciário no processo decisório das democracias. A judicialização da política resulta da “ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseada na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *check and balances*.”¹⁶⁵

Já a politização da justiça se dá quando o Poder Judiciário assume um papel político partidário, é tido por alguns como a “introdução ou expansão de *staff* judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e/ou juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito)”.¹⁶⁶

Para Nuno Garoupa¹⁶⁷, a politização da magistratura “é um bem em si mesmo se isso corresponder ao abandono do formalismo doutrinário pelo realismo judiciário. Mas da politização à partidarização vai um passo”.

O funcionalismo jurídico político compreende o direito como um instrumento político, em sentido estrito, e numa intenção expressa da politização da juridicidade. E exactamente neste sentido: o direito assumiria um programa finalístico de carácter político, os seus critérios seriam políticos e as suas decisões também de sentido político. Não se limita, pois, a sublinhar a função política que o direito sem dúvida sempre desempenha, enquanto um dos mais relevantes elementos de organização, de garantia e de solução, de definição e de tutela dos padrões da existência e da vida comunitária, enquanto é ele um capital elemento estruturante da polis – [...] – o seu objetivo constitutivo seria a realização normativa de um particular projecto e de uma teleologia políticos e ainda que, já por isso, os seus critérios seriam, a todos os níveis da ordem jurídica, critérios políticos assim como as decisões jurídicas da sua realização

¹⁶⁴ NEVES, António Castanheira. **Teoria do Direito**: Apontamentos Complementares de Teoria do Direito (Sumários e Textos). Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998, p. 208.

¹⁶⁵ MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. **Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 57, p. 114, set./dez. 2002.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 114.

¹⁶⁷ GAROUPA, Nuno. **Politização da Justiça e o Poder Judicial**. Disponível em: <<http://www.stj.pt/nsrepo/cont/Professor%20Nuno%20Garoupa.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2010.

concreta não menos, em último termo, do que decisões políticas, decisões de compromisso político.¹⁶⁸

O conceito de judicialização da política faz com que os operadores da lei participem do processo de elaboração das políticas, ao invés de deixá-las ao critério de políticos e administradores. Assim, “ela própria implicaria papel político mais positivo da decisão judicial do que aquele envolvido em uma não-decisão.”¹⁶⁹

Freitas Junior citando a professora Rachel Sztajn, afirma que:

[...] Há dois sintomas na atividade judicante atual: a ‘judicialização do conflito político’ e a ‘politização das decisões judiciais’. O primeiro, decorre da falta de maioria no legislativo o que não possibilita que estes cheguem a um consenso sobre matérias específicas da lei e, portanto só aproveem textos genéricos, deixando ao magistrado a responsabilidade de construir a norma em cada caso concreto. Já a politização das decisões judiciais decorre, em parte, do sentimento do juiz de proteger a parte mais fraca, tal como pequenos devedores e trabalhadores, ou ainda de suas convicções pessoais.¹⁷⁰

No Brasil, o termo judicialização passou a ser usado por Ariosto Teixeira e por Marcus Faro de Castro em 1997, que puderam perceber uma certa impropriedade na utilização do conceito em suas análises das ações de inconstitucionalidade no STF. Atualmente, utiliza-se a expressão quando se trata não só do papel dos agentes do Judiciário, mas também da extensão de seus papéis na democracia brasileira, pois se referem às decisões particulares oriundas dos tribunais, cujo conteúdo considerar-se-ia político.¹⁷¹

Outra acepção traz a judicialização como “um processo objetivo utilizado para defender propostas de mudança na organização do judiciário ou na cultura jurídica, considerada defasada face às novas necessidades sociais.” Se interpretada em sentido sistêmico implicaria em “risco de perda das diferenciações funcionais entre os subsistemas, seus agentes,

¹⁶⁸ NEVES, António Castanheira. **Teoria do Direito:** Apontamentos Complementares de Teoria do Direito (Sumários e Textos). Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998. p. 192-193.

¹⁶⁹ MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. **Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 57, p. 113-133, set./dez. 2002. p.114.

¹⁷⁰ FREITAS JUNIOR, Luis de. **Riscos do intervencionismo judicial para a segurança jurídica e a efetividade da economia**. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/2009/Ano_IX_janeiro_2009/Riscos%20do%20Intervencionismo_Luis.pdf>. Acesso em: 12 out. 2009.

¹⁷¹ MACIEL e KOERNER, op. cit., p. 113-133.

modos de decisão e linguagens” o que ocasionaria a perda de seu caráter próprio, sinalizando uma tendência social crítica.¹⁷²

Num sentido constitucional, “a judicialização refere-se ao novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo da separação dos poderes do Estado, que levaria à ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais da política”.¹⁷³

A desneutralização do Judiciário seria, então, um dos efeitos do novo tipo de articulação, resultante da imposição do *Welfare State*, entre a esfera do público e a do privado, repercutindo sobre a clássica fórmula da separação entre poderes nos países de *civil law*, caudatários da Revolução Francesa e da sua concepção daquele poder como a “boca inanimada da Lei”. [...] Os intelectuais do Judiciário seriam a consciência dessa revolução silenciosa que se desenrolaria a partir do interior do núcleo do Estado, “narradores” do texto que fala da escalada do ideal de igualdade e da expansão dos direitos, em um processo perene de renovação das antigas instituições. De Poder “mudo” a Terceiro Gigante, os “séculos democráticos”, previstos por Tocqueville, seriam aqueles em que “os juristas talvez sejam chamados a desempenhar o principal papel na sociedade política que procura nascer”.¹⁷⁴

4.4 Da justiça comutativa à justiça distributiva

Aristóteles já falava em seu Livro V da Ética a Nicômaco que existe mais de uma espécie de justiça. Ante esta forma de compreensão é possível entender ser possível que a justiça que até então era comutativa – equivalendo-se a um “mero serviço público de resolução de conflitos individuais, mediante aplicação de regras estáticas e claras, de incidência retrospectiva,” - passe a ser distributiva, uma vez que surge um novo tipo de contencioso judicial relacionado a um problema que só parece ser resolvido pela “alocação ou apropriação individual de recursos comuns.”¹⁷⁵

Necessário ressaltar que a justiça distributiva tem como objeto o bem comum, por isso fala-se em distribuição proporcional de coisas comuns. Todavia, o problema que a circunda é que normalmente o conflito que chega ao Judiciário, o faz como um conflito

¹⁷² MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. **Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 57, p. 113-133, set./dez. 2002. p.116.

¹⁷³ Ibidem, p.117.

¹⁷⁴ VIANNA, Luiz Werneck. **Poder Judiciário: "Posituação do Direito Natural" e Política**. Disponível em: <www.cpdoc.fgv.br/revista/arq/195.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2009.

¹⁷⁵ VERSÍSSIMO, Marcos Paulo. **A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988**. 2006. 264f. Tese (Doutorado) – Programa de pós- graduação *latu sensu* da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2006. p. 103.

de interesse entre atores individualizados, tornando a contenda numa disputa por direitos, de tal modo que “transmuta o conflito distributivo em conflito retributivo.”¹⁷⁶

Para José Reinaldo Lima Lopes¹⁷⁷ é “a tradição liberal [que] acaba por separar as noções de direito e política, assimilando a idéia de justiça comutativa aos domínios do direito, e a de justiça distributiva à política”, sendo essa distinção que estaria levando à atual crise, pois quando a justiça distributiva é “aplicada ao caso individual, fica difícil ver com clareza a contraparte coletiva do benefício ou do sacrifício imposto ao indivíduo participante do processo.” O coletivo nesse caso não equivale à soma dos individuais, e não havendo informação suficiente acerca do que se dispõe ao todo, não é possível atribuir à parte a “fatia” que lhe cabe, havendo uma inequívoca distorção dos resultados.

4.5 Interpretação e alcance do direito à saúde

4.5.1 *Conceituação de saúde*

A saúde pode ser compreendida de duas formas: a saúde como diretamente dependente de variáveis relacionadas ao meio ambiente, ao trabalho, à alimentação, e à moradia; e a saúde como ausência de doenças. Todavia, foi com a experiência de anos da Grande Guerra que se forjou um consenso acerca da saúde.¹⁷⁸

Cientes da capacidade de destruição em massa, a Organização das Nações Unidas, na Declaração dos Direitos do Homem, reconheceu a saúde como direito humano. E, em 1946, se utilizou da constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS) para conceituar a saúde como “o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”.¹⁷⁹

4.5.2 *Conceituação de direito à saúde*

Para RAWLS¹⁸⁰, “um sistema jurídico é uma ordem coercitiva de normas públicas destinadas a pessoas racionais, com o propósito de regular sua conduta e prover a

¹⁷⁶ VERSÍSSIMO, Marcos Paulo. **A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil**: o processo judicial no pós-1988. 2006. 264f. Tese (Doutorado) – Programa de pós-graduação latu sensu da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2006. p. 105-106.

¹⁷⁷ Ibidem, p.104-107.

¹⁷⁸ DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Rev. Saúde Pública**, v. 22, n. 1, p. 57-63, 1988. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n1/08.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2009.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 58.

¹⁸⁰ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.257.

estrutura da cooperação social.” Enquanto tais regras são justas, servem de base para a legítima expectativa da sociedade, permite-se, assim, que as pessoas confiem umas nas outras, e, quando se sentirem insatisfeitas nessa expectativa, reclamem. Se houver dúvida quanto a essas bases de reivindicação, dúvidas também existirão quanto aos limites da liberdade do homem.

Nesse diapasão, sabendo que as normas jurídicas estabelecem limites para o comportamento humano na sociedade, para compreender o que vem a ser o direito à saúde, este precisa ser compreendido observando seus aspectos tanto individuais quanto sociais.¹⁸¹

Observado como direito individual, o direito à saúde privilegia a liberdade [...] As pessoas devem ser livres para escolher o tipo de relação que terão com o meio ambiente, em que cidade e que tipo de vida pretendem viver, suas condições de trabalho e, quando doentes, o recurso médico-sanitário que procurarão, o tipo de tratamento a que se submeterão [...] então, a efetiva liberdade necessária ao direito à saúde enquanto direito subjetivo depende do grau de desenvolvimento do Estado. [...] em seus aspectos sociais, o direito à saúde privilegia a igualdade. As limitações aos comportamentos humanos são postas exatamente para que todos possam usufruir igualmente as vantagens da vida em sociedade. Assim para preservar a saúde de todos é necessário que ninguém possa impedir outrem de procurar seu bem-estar ou induzi-lo a adoecer. [...] igualmente depende do estágio de desenvolvimento do Estado. Apenas o Estado que tiver o seu direito ao desenvolvimento reconhecido poderá garantir as mesmas medidas de proteção e iguais cuidados para a recuperação da saúde para todo o povo.¹⁸²

4.5.3 *Garantia do direito à saúde*

Para que seja possível garantir o direito à saúde é preciso atingir o equilíbrio entre liberdade e igualdade, levando-se em conta a necessidade de desenvolvimento do Estado. Não é suficiente declarar que todos têm direito, é preciso que a “Constituição organize os poderes do Estado e a vida social de forma a assegurar a cada pessoa o seu direito.”¹⁸³

Tendo em vista a organização federativa do Estado brasileiro, e as desigualdades regionais, a participação popular emerge como fator importante no auxílio à conceituação de saúde, pois “apenas a comunidade é capaz de definir a extensão do conceito de

¹⁸¹ DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Rev. Saúde Pública**, v. 22, n. 1, p. 57-63, 1988. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n1/08.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2009.

¹⁸² Ibidem, p. 59.

¹⁸³ Ibidem, p. 60.

saúde e delimitar o alcance da liberdade e o da igualdade que, interagindo com seu nível de desenvolvimento, fundamentam seu direito à saúde”.¹⁸⁴

Assim, a garantia de um direito clama pela sua definição. Se é certo que as necessidades de cada município variam de acordo com suas peculiaridades, o direito à saúde só será assegurado quando tanto a organização estatal quanto a social enaltecere o poder local, pois o direito somente é garantido quando a responsabilidade é específica.¹⁸⁵

Essa “municipalização”, prevista no art. 198 da Carta Magna e consubstanciada nos dispositivos constantes da Lei Orgânica da Saúde, não pretende atomizar o planejamento dos serviços de saúde. Como o sistema é nacional, a participação popular no processo de planejamento permite demonstrar à comunidade que existe uma escassez de recursos, e que decisões devem ser tomadas, assim, a própria comunidade dita o que entende ser o bem comum. Sabedores disso, quando os juízes decidirem pela concessão ou não de um pedido, terão como subsídio o entendimento da própria comunidade, e a sensação será a de justiça.¹⁸⁶

4.6 Ações judiciais e direito à saúde

As demandas judiciais, com frequência, reivindicam o fornecimento de medicamentos não incorporados pelo SUS, ainda que o tratamento de determinada doença esteja contemplado pela oferta de outros produtos. Estes medicamentos reivindicados não atendem aos critérios estabelecidos pelo Poder Público, o qual tem por objetivo não apenas a preservação do interesse coletivo, como, também, o de balizar suas escolhas pelos princípios de universalidade e equidade, sempre levando em consideração as limitações orçamentárias.¹⁸⁷

Assim, tendo por base essa escassez de recursos, ao Executivo cabe a “definição das prioridades do gasto, de acordo com a capacidade financeira do Estado e a necessidades de saúde da população”. No entanto, ao Poder Judiciário a noção de saúde parece

¹⁸⁴ DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Rev. Saúde Pública**, v. 22, n. 1, p. 57-63, 1988. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n1/08.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2009.

¹⁸⁵ Ibidem.

¹⁸⁶ Idem.

¹⁸⁷ VIEIRA, Fabíola Sulpino. Ações Judiciais e Direito à Saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. **Revista Saúde Pública**, Brasília, n. 42, v. 2, p. 365-369, 2008.

resumir-se à oferta de medicamentos, “reduzindo-se às ações curativas e paliativas, sem considerar o caráter fundamental de promoção e prevenção de doenças e agravos.”¹⁸⁸

Quanto à questão do fornecimento de medicamentos pelo Estado, o Supremo Tribunal Federal, no RE 393.175-AgR/RS, do Relator Min. Celso de Mello, deixa clara a responsabilidade acerca da assistência farmacêutica, mas evidencia também que esta não será feita de forma inconseqüente.

[...] O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. [...] ¹⁸⁹

Mister se faz lembrar que com o que se convencionou chamar de “virada kantiana”, as decisões básicas sobre o orçamento passaram a depender de uma opção moral. “A própria questão do equilíbrio orçamentário depende de apreciação ética; aliás, a ética passa a fornecer o coeficiente e normatividade das ciências sociais, principalmente da Economia,” sendo necessária uma harmonização entre as ciências do direito e da economia a partir desse coeficiente comum da moralidade, para que a Carta Maior venha a ser um “instrumento de redistribuição de bens e serviços e não apenas de crescimento econômico.”¹⁹⁰

No intuito de solucionar este impasse, os tribunais têm feito concessões em ambos os lados, sendo que, de um lado, na tentativa de amenizar as discrepâncias orçamentárias ocasionadas pelas condenações estabelece critérios para que o fornecimento seja concedido, e de outro, admite o bloqueio de verbas públicas. Nesse sentido:

¹⁸⁸ VIEIRA, Fabíola Sulpino. Ações Judiciais e Direito à Saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. **Revista Saúde Pública**, Brasília, n. 42, v. 2, p. 365-369, 2008.

¹⁸⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. RE 393175 AgR. Ementa: [...] Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 12.12.2006. DJ 02.02.2007, p. 00140 EMENT VOL-02262-08 PP-01524.

¹⁹⁰ TORRES, Ricardo Lobo. **O Orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 36-39.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA E CONSEQUENTEMENTE DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL.

[...] 2. No caso em foco, o compulsar dos autos denota que não há prova pré-constituída a embasar o pleito deduzido neste *writ of madamus*. Deveras, a prescrição medicamentosa do remédio Enbrel por médico conveniado ao Sistema Único de Saúde (fl. 15) não é suficiente para comprovar que a resposta do paciente ao tratamento será melhor do que aquela obtida com os medicamentos oferecidos pelo SUS (acitretina e ciclosporina) (fl. 18).

3. A produção da prova subjacente à assertiva de que o tratamento do paciente com a droga Enbrel surtirá mais efeito é de grande complexidade e, à toda evidência, demanda a realização de perícia técnica, cuja dilação probatória é incompatível com rito célere do mandado de segurança.

4. Ainda sob esse ângulo, o documento indicativo de que o tratamento deve ser realizado com o fármaco Enbrel (receita à fl. 15) foi produzido unilateralmente, sem o crivo do contraditório. Ademais, a contraprova produzida pelo impetrado, consistente na Nota Técnica NAT/AF n. 0321/2007 (fls. 74-76), milita em sentido oposto à pretensão do impetrante, pois consignou que: (a) o etanercepte, substância ativa do Enbrel, é de alto custo, relativamente nova e ainda não testada satisfatoriamente em pessoas portadores de psoríase; (b) o relatório médico de fl. 28 informa que o paciente foi tratado com acitretina, corticoterapia sistêmica e tópica e hidratantes, mas não se refere aos medicamentos oferecidos pelo Ministério da Saúde para o tratamento de psoríase (ciclosporina e acitretina); e (c) a droga em comento foi recentemente incluída, pelo Ministério da Saúde, no rol de medicamentos com dispensação em caráter excepcional, através da Portaria MS/GM n. 2577/2006, e a sua utilização foi tão somente autorizada por aquele órgão para o tratamento de artrite reumatóide. Logo, a questão gravitante em torno da eficácia superior do Enbrel para o tratamento de psoríase e da menor manifestação de efeitos colaterais advindos da sua utilização deve ser analisada à luz do processo cognitivo (Precedentes: RMS 22.115/SC, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ de 22 de junho de 2007 e RMS 17.873/MG, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 22 de novembro de 2004).

[...]6. O entendimento de que o Poder Público ostenta a condição de satisfazer todas as necessidades da coletividade ilimitadamente, seja na saúde ou em qualquer outro segmento, é utópico; pois o aparelhamento do Estado, ainda que satisfatório aos anseios da coletividade, não será capaz de suprir as infindáveis necessidades de todos os cidadãos.

7. Esse cenário, como já era de se esperar, gera inúmeros conflitos de interesse que vão parar no Poder Judiciário, a fim de que decida se, nesse ou naquele caso, o ente público deve ser compelido a satisfazer a pretensão do cidadão. E o Poder Judiciário, certo de que atua no cumprimento da lei, ao imiscuir-se na esfera de alçada da Administração Pública, cria problemas de toda ordem, como desequilíbrio de contas públicas, o comprometimento de serviços públicos, dentre outros.

8. O art. 6º da Constituição Federal, que preconiza a saúde como direito social, deve ser analisado à luz do princípio da reserva do possível, ou seja, os pleitos deduzidos em face do Estado devem ser logicamente razoáveis e, acima de tudo, é necessário que existam condições financeiras para o cumprimento de obrigação. De nada adianta uma ordem judicial que não pode ser cumprida pela Administração por falta de recursos.

9. Recurso ordinário não provido.¹⁹¹

[...]

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDA MENOS ONEROSA – ART. 461, § 5º, DO CPC – BLOQUEIO DE VALORES PARA ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL – POSSIBILIDADE.

1. O bloqueio de valores na conta corrente do Estado, embora possa parecer mais rigoroso, apresenta-se como medida menos onerosa do que a imposição da multa diária.

2. A maioria dos componentes da Primeira Seção tem considerado possível a concessão de tutela específica para determinar o bloqueio de valores em contas públicas a fim de garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde.

3. Recurso especial não provido.¹⁹²

Apesar de inúmeros serem os julgados que seguem a linha de que há de prevalecer o direito à saúde sobre as questões de cunho financeiro do Estado, importante sopesar o fato de que, de modo geral, os operadores do direito “não foram e não estão suficientemente preparados para caminhar na área do direito social à saúde, carecendo muitas decisões de uma linha de argumentação mediadora da interligação de um direito social à prestação e um direito subjetivo individual.”.¹⁹³

Quanto mais se compreender a estrutura integral do direito à saúde na Constituição Federal e a finalidade imposta pelo constituinte originário, haverá menos espaço para a extensão indevida de seus limites e, conseqüentemente, mais proximidade com o padrão de igualdade e justiça distributiva. Deve-se evitar a tendência do uso equívoco e simplista de sofismas tautológicos, onde a adoção dos termos vagos que compõem o esqueleto do direito à saúde acaba por gerar conclusões que são a repetição explícita das mesmas premissas — dignidade humana e vida — sem o aprofundamento da controvérsia para o campo da justiça distributiva.¹⁹⁴

De fato cada caso é um caso, e as decisões devem ser analisadas individualmente. Nesse sentido, a Ministra Ellen Gracie¹⁹⁵:

¹⁹¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. RMS 28.962/MG. Ementa: [...] Rel. Ministro Benedito Gonçalves. Julgado em 25.08.2009. DJe 03.09.2009.

¹⁹² Idem. 2ª Turma. REsp 868.038/RS. Ementa: [...] Rel. Ministra Eliana Calmon. Julgado em 27.05.2008. DJe 12.06.2008.

¹⁹³ WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. O Direito Social e o Direito Público Subjetivo À Saúde: o desafio de compreender um direito com duas faces. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 94, jul./out. 2008.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 95.

¹⁹⁵ SL n. 166/RJ, Suspensão de Liminar. Relatora Ministra Ellen Gracie, j. 14.6.2007. DJ 21.6.2007, p. 0038; no mesmo sentido, SS n. 3231/RN, Relatora Ministra Ellen Gracie, j. 28.5.2007, DJ 1º.6.2007, p. 00022; SL n. 188, Suspensão de Liminar, Relatora Ministra Ellen Gracie, j. 14.12.2007; DJE 018, divulgado 1º.2.2008.

Preocupa-me, assim, sobremaneira, a interpretação ampliativa que vem sendo dada às decisões desta Presidência em relação às demandas por fornecimento de medicamentos pelo Poder Público. Os pedidos de contracautela em situações como a que ensejou o deferimento da liminar ora impugnada devem ser analisados, caso a caso, de forma concreta, e não de forma abstrata e genérica, certo, ainda, que as decisões proferidas em pedido de suspensão se restringem ao caso específico analisado, não se estendendo os seus efeitos e as suas razões a outros casos, por se tratar de medida tópica, pontual [...].

No entanto, o posicionamento majoritário é que a questão orçamentária não deve prevalecer, pois no caso de fornecimento de medicamentos o bem maior que se visa preservar é a vida, e contra esta não há interpretação legal, orçamento ou competência administrativa que possa ser oposta.

Na sessão¹⁹⁶ do dia 17 de março do corrente ano, por ocasião do julgamento de agravos regimentais em suspensão de tutela antecipada (STA), em suspensão de liminares (SL) e em suspensão de segurança (SS), os ministros do STF mantiveram decisões liminares de instâncias inferiores no sentido de que o Poder Público deve custear medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves.

Os seguintes pontos chaves foram reafirmados: a saúde como direito fundamental¹⁹⁷; o caráter de aplicabilidade imediata da norma; a legitimidade do Poder Judiciário, como guardião da Lei Maior, em controlar os demais Poderes para o devido adimplemento das políticas públicas de saúde existentes¹⁹⁸; a solidariedade existente entre União, Estados, Municípios e o Distrito Federal¹⁹⁹; a necessidade de se atentar aos protocolos e

¹⁹⁶ Foram julgadas também nesta data: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STA 211 e 278; SS 3724, 2944, 2361, 3345, 3355; e a SL 47. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/pauta/listarCalendario.asp?data=17/03/2010>>. Acesso em: 16 mar. 2010. Para assistir à sessão acesse <http://www.youtube.com/watch?v=_h3qMuyCT_M>.

¹⁹⁷ O Ministro Carlos Ayres Britto reforçou o entendimento de que “o direito não é fundamental por auto qualificação, ou nem por qualificação da lei, é fundamental porque está na Constituição”. Mais adiante, para afastar as críticas sobre a violação ao princípio da separação dos poderes, complementou dizendo: “se é fundamental por desígnio constitucional cabe ao guardião da Constituição, que é o Supremo, saber se este direito está sendo cumprido e em que medida. Não há invasão da seara alheia quando o Judiciário controla a prestação das chamadas políticas públicas, notadamente nos campos da saúde e da educação, que têm expressa previsão constitucional.

¹⁹⁸ Sobre esse tema, o Min. Celso de Mello trouxe ao plenário a informação, do Jornal Folha de São Paulo, de que a Controladoria Geral da União havia efetuado inspeção nas contas do Distrito Federal, na qual detectou que no final de 2009 havia R\$ 390 milhões repassados pela União ao Distrito Federal, sendo estes postos à disposição da Secretaria de Saúde, que, no entanto, foram aplicados em CDB's. Ainda sobre a dispensação de medicamentos excepcionais lembrou que o acórdão 1673 do Tribunal de Contas da União, de 27/10/2004 determinou que inúmeras providências fossem adotadas. Assim, o problema não é de inexistência de políticas públicas, mas de inexecução das mesmas. Para ver na íntegra acesse http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/grupos-de-trabalho/saude/docs_jurisprudencia/acordao.pdf.

¹⁹⁹ O Ministro Gilmar Mendes afirmou que o Poder Judiciário, acompanhado pela doutrina majoritária, tem entendido que a responsabilidade pelas ações e serviços de saúde é solidária, assim, União, estados, municípios

procedimentos estabelecidos pelo SUS para inclusão de medicamentos na lista da ANVISA²⁰⁰, e conseqüente inclusão na política de dispensação excepcional, bem como a caracterização/comprovação da necessidade de determinado medicamento; a necessidade de se atualizar periodicamente a lista dos medicamentos essenciais, baseada na medicina pautada em evidências²⁰¹.

Cabe ainda ressaltar que, quanto ao argumento de um possível efeito multiplicador em função do indeferimento dos pedidos de suspensão, o Supremo Tribunal Federal deixou bem claro que cada caso é um caso; nas palavras do Ministro Carlos Ayres Britto: “a decisão judicial é contextual, empírica, não se expressa em juízos, em categorias mentais com pretensão de validade universal e atemporal”. Sendo que o direito a saúde representa um pressuposto de quase todos os demais direitos, é de suma importância que este seja preservado. Para tanto, o Supremo Tribunal Federal “governa permanentemente a quem governa quadrienalmente.”

Enfim, a judicialização é uma realidade. Enquanto o Poder Executivo não garantir um acesso satisfatório aos medicamentos, o Poder Judiciário, observado o binômio razoabilidade x possibilidade, continuará a se “imiscuir” no terreno das políticas públicas. É preciso uma maior aproximação dos setores para se compreender melhor as essencialidades, as responsabilidades, as insuficiências e as limitações que permeiam o âmbito da saúde.

e o Distrito Federal devem agir em conjunto, incorporando o princípio da lealdade à federação no cumprimento de suas tarefas comuns. Nesse sentido, RE 195192, RE 255627 e RE 280642. Convém lembrar sobre a existência de proposta de súmula vinculante (nº 4/2009) acerca desta questão.

²⁰⁰ BRASIL. LEI 6360, de 23 de setembro de 1976. Dispõe sobre a questão do registro de medicamentos, vide art. 12. LEI 9782, de 26 de janeiro de 1999. Dispões, entre outras, sobre situações em que se permite a dispensa de registro.

²⁰¹ O Ministro Presidente Gilmar Mendes relatou durante a sessão que o Ministro da Saúde, José Gomes Temporão dirigiu correspondência, conforme compromisso firmado na audiência pública de 2009, informando que desde então, até a data de 10 de março de 2010, 50 (cinquenta) novos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas foram levantados, sendo que 34 já se encontram publicados, e os 16 remanescentes estão em revisão para serem publicados. No entanto, a evolução no mundo da medicina é muito rápida e insusceptível de acompanhamento pela burocracia administrativa. De fato, é preciso privilegiar o tratamento fornecido pelo SUS, sempre que não for comprovada a ineficácia da política pública de saúde existente, mas isso não afasta a possibilidade de se fornecer medida diferente, desde que comprovada. Com isso percebe-se que a judicialização está sendo positiva para uma melhor prestação dos serviços de saúde.

CONCLUSÃO

Ainda que se leve em consideração a questão da dignidade da pessoa humana, o Estado, apesar de pretender ser social, não consegue romper com o modelo econômico que não tem como fundamento a inclusão social como vetor prioritário, ainda que eventualmente ou pontualmente o alcance. Vivencia-se uma dualidade caracterizada por uma política social de inclusão versus uma economia de exclusão, ou no máximo, de inclusão indireta. O fato é que as decisões dos atores sociais são tomadas em um ambiente de mercado, que além de levar em conta critérios comportamentais e psicológicos têm como referenciais preços, custos e resultados mais quantitativos do que qualitativos.

Resta claro que crescimento econômico, estabilidade monetária, equilíbrios econômicos e financeiros são elementos imprescindíveis, pois sem eles não haverá meios para se apoiar o desenvolvimento social, mas, por sua vez, eles não serão sustentáveis a médio e longo prazo sem que se produza um desenvolvimento social ativo, ou seja, não há recursos para se optar integralmente pelo social, e a opção pelo econômico, por si só, não garante a sustentabilidade face aos riscos crescentes da exclusão social.

Diante desse contexto, é inescapável levantar a questão acerca da reserva do possível, a qual pode ser entendida como o limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais prestacionais, ou seja, há um limite fático para o atendimento de demandas de acesso a um direito. A ausência de recursos necessários para o atendimento integral de um direito a prestações impede faticamente o cumprimento da demanda social como um todo.

Essa escassez, dentro de uma perspectiva racional, leva os homens públicos a estabelecerem formas específicas de alocação dos recursos, seja em virtude de interesses econômicos, seja pela força das disposições jurídicas, dos valores sociais ou da força política. E apesar de economistas e administradores estarem acostumados a lidar com a escassez, não é fácil para a população, para o senso comum, e para os operadores do direito, para os quais prevalece a idéia de que a saúde não tem preço, levantar o aspecto financeiro quando ao final a questão de fundo ou mesmo a questão objetiva nos casos específicos diz respeito a vidas humanas.

Não restam dúvidas de que o instrumento do orçamento público é de extrema relevância quando o assunto é a realização de políticas públicas implementadoras dos benefícios sociais, e se o orçamento inicialmente ou pontualmente não fizer jus aos preceitos constitucionais, ele deve ser corrigido por meio de alterações correntes ou mesmo no orçamento consecutivo.

Assim, na estrutura democrática tripartite de poderes cabe ao Poder Judiciário exercer um papel importante para a boa governança. Seu desafio é atuar na direção de garantir, no que lhe couber, a prática do Princípio da Condução Responsável – o qual pressupõe um desenvolvimento sustentável focado na pessoa humana e no primado do direito - sem, contudo, adentrar na seara pertinente à missão constitucional dos demais poderes.

No entanto, é preciso estar atento ao fato que direito e economia estão interligados, e que interesses econômicos ou manobras comerciais de empresas farmacêuticas multimilionárias criam produtos novos ou com pequenas alterações e geram circunstâncias que incentivam a perseguição no âmbito da justiça do direito ao acesso a medicamentos e tratamentos de alto custo. Em muitos casos, trata-se de medicamentos ou equipamentos, ainda não aprovados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, que proporcionam o mesmo resultado que outro medicamento de menor custo. É preciso atender ao necessitado, mas é preciso também evitar que a busca pelo lucro incessante às custas do sofrimento alheio seja mascarada pelo discurso do direito à vida.

De fato os indivíduos são diferentes e exigem tratamentos diferenciados para que possam reduzir as desigualdades existentes, mas essa busca da igualdade só é justa quando beneficia o indivíduo mais carente. A intenção da judicialização por parte do demandante é concretizar os valores e fins constitucionais, a partir de um comprometimento na Carta Constitucional que se tornou compromisso ideológico que não pode ser renegado.

Portanto, não se pode continuar a permitir que aqueles que já possuem condições de saúde comparativamente melhores em virtude de suas condições socioeconômicas avantajadas continuem sendo beneficiados pelo seu acesso mais fácil ao Judiciário. Estudos comprovam que boa parte das ações são atendidas não pela Defensoria Pública, mas por Organizações Não Governamentais e por advogados particulares,

contribuindo, assim, para um entendimento de que, de modo geral, o direito de ação acaba por beneficiar apenas uma elite brasileira, e não aos cidadãos, não aos pobres.

Se a judicialização da saúde permanecer nos moldes em que se encontra hoje, seria o equivalente à manutenção de uma inversão perversa dos objetivos primordiais do SUS - que nada mais, nada menos é uma das maiores políticas de inclusão social do país e do mundo -, pois as ações judiciais transformam o SUS num perpetuador da situação caótica da saúde no país, vez que eleva ainda mais o déficit de equidade no direito constitucional de acesso à saúde.

De fato, satisfações pontuais proporcionam um certo alívio à sociedade. As notícias nos levam a crer que o direito à saúde está sendo preservado e que a carta constitucional resta atendida. Contudo, ainda que o Poder Judiciário tenha como objetivo conferir a devida aplicabilidade às normas insertas na Carta Magna, não pode almejar suprir todas as carências sociais mediante a expedição de ordens judiciais, pois estas, ainda que solucionem casos pontuais, não obterão a efetividade pretendida no que tange à população como um todo.

A escassez é um fundamento da economia. A demanda em relação à saúde é infinita, e ainda que a Constituição garanta a saúde como direito de todos e dever do Estado, as condições materiais sempre serão insuficientes para a sua concretização plena. A falta de meios econômicos é exatamente o motivo pelo qual surge a necessidade de uma ponderação entre a essencialidade de uma prestação e a excepcionalidade da situação.

À guisa de contribuição acadêmica, sugere-se, portanto que seja adotado o enfoque do pragmatismo jurídico²⁰² – cujo elemento essencial é o consequencialismo – o qual tem as conseqüências e resultados práticos das decisões judiciais, em relação não apenas ao caso concreto, mas ao sistema como um todo, como sendo o fator decisivo na atuação do juiz e dos tribunais.

²⁰² Para maior aprofundamento sobre pragmatismo ler Richard Posner, *Law, pragmatism and democracy*, 2003, e Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal, *Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégia e implicações*. In: Daniel Sarmento (Coord.), *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, 2009.

Adotar esse caminho como ponto de partida, ou de chegada, é retornar às discussões acerca de questões muito conhecidas, que mobilizam positivistas e jusnaturalistas há muito tempo, quais sejam: o que é o direito? e como os juízes devem decidir?

REFERÊNCIAS

ABREU, Diego. **STF "ressucita" Emenda 29**. Correio Braziliense: Caderno Política, Brasília, 22 mar. 2010.

APPIO, Eduardo. A judicialização da política em Dworkin. **Revista Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, v. 36, n. 98, p. 115-131, set./dez. 2003.

_____. **Um negócio de bilhões**. Disponível em: <http://www.espacovital.com.br/noticia_imprimir.php?id=14009>. Acesso em: 16 fev. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicilização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho; GRAÇA, Luis Otavio Barroso da. Decisões judiciais e orçamento público no Brasil: aproximação empírica a uma relação emergente. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BONAVIDES, Paulo. O Estado Social e a Tradição Política Liberal do Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, UFMG, Belo Horizonte, n. 53, p. 63-90, jul. 1981.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 fev. 2009.

_____. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 06 maio 2009.

_____. Ministério da Saúde. **Fórum Regional de Inovação Tecnológica, Inclusão Social e Redes de Cooperação da Região Central do Estado de São Paulo**. Disponível em:

<http://74.125.47.132/search?q=cache:iny6S8umPEcJ:www.uniemp.org.br/forunsregionais/regioes/regiao02/apresentacoes/2manha/saude/Dirceu_Barbano_GTSaude.ppt+pol%C3%ADticas+p%C3%ABlicas+de+sa%C3%BAde+e+medicamentos&cd=9&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 04 fev. 2010.

_____. **Política Nacional de Medicamentos**. Disponível em: <<http://www.uff.br/ppgcaps/Texto%204.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2009.

_____. Portal da Saúde. **Sobre o SUS**. Disponível em: <http://189.28.128.100/portal/saude/cidadao/area.cfm?id_area=1395>. Acesso em: 23 maio 2009.

_____. Secretaria da Saúde. **Portaria nº 144 REME-DF e Lista de Medicamentos**. Disponível em: <<http://www.saude.df.gov.br/>>. Acesso em: 03 fev. 2010.

_____. Secretaria da Saúde do Governo do Distrito Federal. **Orçamento da Secretaria da Saúde**. Disponível em: <<http://www.saude.df.gov.br/sites/100/163/00005410.html>>. Acesso em: 28 maio 2009.

_____. Secretaria de Estado de Saúde. Disponível em: <http://www.saude.df.gov.br/003/00301009.asp?ttCD_CHAVE=23061>. Acesso em 23 jan. 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CASTRO, José Augusto Dias de. A questão do direito fundamental à saúde sob a ótica da análise econômica do direito. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 21, p. 149-158, jan./mar. 2008.

CONASS. **Legislação do SUS**. Disponível em: <<http://www.conass.org.br/arquivos/file/legislacaodosus.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2009.

COSENDEY, Marly Aparecida Elias *et al.* Assistência farmacêutica na atenção básica de saúde: a experiência de três estados brasileiros. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 1, Jan. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-11X2000000100018&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 09 mar. 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Ética Sanitária. In: COSTA, Alexandre Bernardino *et al.* (Org.). **O Direito achado na rua**: Introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/UnB, 2009.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Rev. Saúde Pública**, v. 22, n. 1, p. 57-63, 1988. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n1/08.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2009.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à saúde, recursos escassos e equidade**: os riscos da interpretação judicial dominante. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_Saude_Recursos_escassos_e_equidade.pdf>. Acesso em: 23 maio 2009.

FRANCISCO, José Carlos. Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à Saúde. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FREITAS JUNIOR, Luis de. **Riscos do intervencionismo judicial para a segurança jurídica e a efetividade da economia**. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/2009/Ano_IX_janeiro_2009/Riscos%20do%20Intervencionismo_Luis.pdf>. Acesso em: 12 out. 2009.

GAROUPA, Nuno. **Politização da Justiça e o Poder Judicial**. Disponível em: <<http://www.stj.pt/nsrepo/cont/Professor%20Nuno%20Garoupa.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2010.

GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. São Paulo: Atlas S.A., 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, ano 11, n. 42, p. 11-32, out./dez. 2008.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KLIKSBERG, Bernardo. **Repensando o Estado para o Desenvolvimento Social**: superando dogmas e convencionalismos. São Paulo: Cortez, 1998.

KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LINO, Pedro. **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**: Lei Complementar nº 101/2000. São Paulo: Atlas S.A., 2001.

LUNELLI, Carlos Alberto. Judicialização da política, processo constitucional e legitimação para agir no controle abstrato de constitucionalidade. **Revista Faculdade de Direito**, Caxias do Sul, n. 15, p. 25-41, 2005.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. **Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 57, p. 113-133, set./dez. 2002.

MENDES, Gilmar. **CNJ estuda medidas para ajudar juízes em demandas de saúde**. Entrevista. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=9525:cnj-estuda-medidas-para-ajudar-juizes-em-demandas-de-saude&catid=1:notas&Itemid=L675>. Acesso em: 15 dez. 2009.

_____. **CNJ firma acordos para reduzir ações sobre assistência à saúde e melhorar a política criminal**. Entrevista. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=9645:cnj-firma-acordos-para-reduzir-acoes-sobre-assistencia-a-saude-e-melhorar-a-politica-criminal&catid=1:notas&Itemid=675>. Acesso em: 02 dez. 2009.

MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valeria Ribas do. O direito à saúde e os “limites” do Estado Social: medicamentos, políticas públicas e judicialização. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 12, n. 2, p. 251-266, jul./dez. 2007.

NEVES, António Castanheira. **Teoria do Direito: Apontamentos Complementares de Teoria do Direito (Sumários e Textos)**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998.

OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVEIRA, Fábio Gabriel de; PIMENTA, Eduardo Goulart. **Como o direito privado pode contribuir para o desenvolvimento nacional?** Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/08_311.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2010.

OLIVEIRA, Francisco de. **Os direitos do antivalor: a economia política da hegemonia imperfeita**. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

OLIVEIRA, Mariana S. de Carvalho; DELDUQUE, Maria Célia. Tijolo por tijolo: a construção permanente do direito à Saúde. In: COSTA, Alexandre Bernardino *et al.* (Org.). **O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: CEAD/UnB, 2009.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade Frente à Reserva do Possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

PEREIRA, José Matias. **Finanças públicas: a política orçamentária no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2003.

PORTAL DO ORÇAMENTO PÚBLICO. **Ciclo Orçamentário no Brasil: Plano Plurianual**. Brasília. Disponível em: <<http://www.orcamento.org>>. Acesso em: 30 out. 2009.

PORTAL DA SAÚDE. **Sobre o SUS**. Brasília. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br>>. Acesso em: 05 set. 2009.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. **Gastos diretos do governo. Brasília**. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/>>. Acesso em: 30 out. 2009.

POSNER, Richard. A. **El análisis económico del derecho**. México: Fondo Del Cultura Económica, 2000.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROMERO, Luiz Carlos. **Judicialização das políticas de assistência farmacêutica: o caso do Distrito Federal**. Consultoria Legislativa do Senado Federal. Textos para discussão 41. Brasília: maio, 2008. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/96829>>. Acesso em: 20 mar. 2010.

ROSANVALLON, Pierre. **A Nova Questão Social**. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998.

RUA, Maria das Graças. **Análise de Política Públicas: Conceitos Básicos**. Disponível em: <http://vsites.unb.br/ceam/webceam/nucleos/omni/observa/downloads/pol_publicas.PDF>. Acesso em: 15 jan. 2010.

SANT'ANA, João Maurício Brambati. **Essencialidade e Assistência Farmacêutica: um estudo exploratório das demandas judiciais individuais para acesso a medicamentos no estado Rio de Janeiro**. 2009. 94 f. Dissertação. (Mestrado) Programa de Pós Graduação em Saúde Pública Subárea: Planejamento e Gestão de Sistemas e Serviços de Saúde. Fundação Oswaldo Cruz. Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Rio de Janeiro, 2009.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Décadas de espanto e uma apologia democrática**. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. Conteúdo e significado da noção de dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004.

_____. **O acesso às prestações de saúde no Brasil**: desafios ao Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Ingo_Sarlet_titular_da_PUC_pdf>. Acesso em: 24 maio 2009.

SCIELO BRAZIL. **Feocromocitoma**. São Paulo. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/abem/v48n5/a22v48n5.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 09.

SOUZA, Antonio Fernando Barros e Silva de. **O acesso às prestações de saúde no Brasil**: desafios ao Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Dr._Antonio_Fernando_Barros_e_Silva_de_Souza_ProcuradorGeral_da_Republica_.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. RMS 28.962/MG. Ementa: [...] Rel. Ministro Benedito Gonçalves. Julgado em 25.08.2009. DJe 03.09.2009.

_____. 2ª Turma. - RE 271286. Ementa: [...].Relator Min. Celso DE Mello. Brasília, DF, 12 set. 2000. DJ 24-11-2000. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE\\$.SCLA.E271286.NUME.\)OU\(RE.ACMS.ADJ2271286.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE$.SCLA.E271286.NUME.)OU(RE.ACMS.ADJ2271286.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 22 out. 2009.

_____. 2ª Turma. ADPF 45 MC, Ementa: [...] Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 29.04.2004. DJ 04.05.2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADPF-MC.SCLA.%20E%2045.NUME.&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 05 fev. 2010.

_____. 2ª Turma. RE 267612/RS. Ementa: [...] Relator: Min. Celso de Mello. Rio Grande do Sul, 02 ag. 2000. DJ 23-08-2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=163&dataPublicacaoDj=23/08/2000&incidente=1808272&codCapitulo=6&numMateria=119&codMateria=3>>. Acesso 03 mar. 09.

_____. 2ª Turma. RE 393175 AgR. Ementa: [...] Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 12.12.2006. DJ 02.02.2007, p. 00140 EMENT VOL-02262-08 PP-01524.

_____. 2ª Turma. REsp 868.038/RS. Ementa: [...] Rel. Ministra Eliana Calmon. Julgado em 27.05.2008. DJe 12.06.2008.

_____. STA 91, RDDP n. 50, 2007. Ementa: [...] Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgado 26.02.2007. DJ de 05.03.2007, p. 165-167. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000002928&base=basePresidencia>>. Acesso em: 12 mar. 2010.

SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.

TOFOLLI, José Antonio Dias. **O acesso às prestações de saúde no Brasil: desafios ao Poder Judiciário**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Min._Jose_Antonio_Dias_Toffoli__Advogado_Geral_da_Uniao_.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2009.

TOMAZELI, Luiz Carlos. **Entre o Estado Liberal e a Democracia Direta: a busca de um novo contrato social**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

_____. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITORIOS. 1ª Turma Cível. 20080110059552APC. Ementa: [...] Relator Flavio Rostirola. julgado em 16.09.2009. DJ 28.09.2009, p. 97. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?DOCNUM=4&PGATU=1&l=20&ID=61656,41859,14711&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT>>. Acesso em: 22 out. 2009

_____. 1ª Turma Cível. 20080110059552APC. Ementa: [...] Relator: Flavio Rostirola. Julgado em 16.09.2009. DJ de 28.09.2009, p. 97. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?DOCNUM=4&PGATU=1&l=20&ID=61656,41859,14711&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT>>. Acesso em: 22 out. 2009.

_____. 3ª Turma Cível. 20070110586585APC. Ementa: [...] Relatora: Nídia Corrêa Lima. Julgado em 09.09.2009, DJ 17.09.2009, p. 119.

VERSÍSSIMO, Marcos Paulo. **A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988**. 2006. 264f. Tese (Doutorado) – Programa de pós-graduação latu sensu da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2006.

VIANNA, Luiz Werneck. **Poder Judiciário: “Positivção do Direito Natural” e Política**. Disponível em: <www.cpdoc.fgv.br/revista/arq/195.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2009.

VIEIRA, Fabíola Sulpino. Ações Judiciais e Direito à Saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. **Revista Saúde Pública**, Brasília, n. 42, v. 2, p. 365-369, 2008.

WEINGARTNER NETO, Jayme; VIZZOTTO, Vinicius Diniz. Ministério Público, ética, boa governança e mercados: uma pauta de desenvolvimento no contexto do direito e da economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. O Direito Social e o Direito Público Subjetivo À Saúde: o desafio de compreender um direito com duas faces. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo v. 9, n. 2, p. 92-131, jul./out. 2008.